Bo II (3)

Die Wahlhandlung bei der Wahlschuld und der Verzug bei derselben

nach dem bürgerlichen Rechte des deutschen Reiches.

INAUGURAL-DISSERTATION

DER

JURISTISCHEN FAKULTÄT

DER

UNIVERSITÄT ROSTOCK

ZUR ERLANGUNG DER DOKTORWÜRDE

vorgelegt von

PAUL ALBERS,

GERICHTSREFERENDAR aus HARBURG a. d. Elbe.

AGAD.
LAND.BAT.
BIBL.

HEILIGENSTADT

BRUNN'SCHE BUCHDRUCKEREI

1905.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41552723_0140

Meinen lieben Eltern.

Literaturverzeichnis.

1. Adickes, Zur Lehre von den Bedingungen 1876.
2. Bendix, Das deutsche bürgerliche Recht, system. dargest. II. Aufl. 1904.
3. Bernstein, Zur Lehre vom alternativen Willen Abt. 1. 1878.
4. Canetta, Zur Lehre von den sogen. altern. Oblig. Diss. Köln 1898.
5. Chamizer, Natur, Gebiet und Grenzen der Wahlschuld, 1902.
6. Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, 4. Aufl. 1903.
7. Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts II. Band 1902.
8. Dernburg, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, 1. u. 2. Aufl. II. Bd. 1901.
9. Dechamps, Die obligat. Wahlverhältnisse nach B.G.B. Dissertation 1901.
10. Endemann, F. Lehrbuch des bürgerlichen Rechts I Bd. 8. Aufl. 1903.
11. Eck-Leonhard, Vorträge über das Recht des bürg. Gesetzb. 2. u. 3. Lief. 1903.
12. Engelmann, Das alte und neue bürgerl. Recht Deutschlands. 2. Aufl. 1900.
13. Fischler-Henle, Kommentar z. B.G.B. 5. Aufl. 1903.
14. Gaupp-Stein, Kommentar zur C.P.O. Bd. I u. II. 5. Aufl. 1902.
15. Goldmann-Lilienthal, Das bürg. Gesetzbuch, system. dargestellt. 1. u. 2. Buch. 2. Aufl. 1903.
16. Hellmann, Vorträge über das B.G B. 1897.
17. Hellwig, Anspruch und Klagrecht. 1900.
18. Kaufmann, Kommentar und Institutionen des B.G.B. 1. Aufl. I u. II. 1901.
19. Kipp-Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts unter vergleich. Darstellung d. deutsch. bürg. Rechts. 8. Aufl. 1900.

20. Kisch, Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegens. Vorträgen. 1900.
21. Kleineidam, Unmöglichkeit und Unvermögen. 1900.
22. Knoke, Das Recht der Gesellschaft nach dem B.G.B. 1901.
23. Kuhlenbeck, Kommentar z. B.G.B. 1. Aufl. 1898.
24 Kuhlenbeck, Von den Pandekten z. B.G.B. II. 1899.
25. Kiesel, Die Ausübung des Wahlrechts bei alternativen Obligationen, Diss. Göttingen. 1897.
26. Leo, Die Wahl bei der Alternativ-Obligation, Diss. Göttingen. 1897.
27. R. Leonhard, Lehrbuch des B.G.B. allgem. Teil. 1. Aufl. 1900.
28. Leuchtenberger, Unter welchen Voraussetzungen tritt bei Wahlschulden eine Beschränkung des Schuldverhältnisses ein? Diss. 1902.
29. Litten, die Wahlschuld nach bürgerl. Recht. 1903.
30. Landsberg, Lehrbuch des bürgerl. Rechts. 1. Hälfte. 1904.
31. Marcus, Die Wahlschuld des bürg. Gesetzb. Breslau. 1899.
32. Matthias, Lehrbuch des B.G.B. I. Band. 3. Aufl. 1902.
33. Müller, Wahlschuld und alternative Ermächtigung des Schuldners, Dissertation, Rostock. 1902.
34. Müller-Meikel, Das bürg. Recht des deutsch. Reiches, system. dargestellt. 2. Aufl. 1904.
35. Meisner, Das Recht der Schuldverhältnisse, Kommentar z. B.G.B. 1898.
36. Nanne, Die Disjunktivobligation, Diss. 1880.
37. Neumann, Kommentar z. B.G.B. I. Band. 3. Aufl. 1903.
38. Oertmann, Kommentar z. B.G.B. II. Buch. 1899.
39. Pistory, Wahl und Unmöglichkeit als Voraussetzungen der Beschränkung der Wahlschuld nach dem Recht des B.G.B. Diss. 1902.
40. Planck, Kommentar z. B.G.B Allgem. Teil. 3. Aufl 1902. Recht des Schuldverh. 2. Aufl. 1898.
41. Pescatore, Die sogen. Alternativobligation. 1880.
42 Rehbein, Das bürgerl. Gesetzbuch mit Erläuterungen I. u. II. Band. 1901, 1903.
43. Reinke, Kommentar zur C.P.O. 5. Aufl. 1904.
44. Schenke, Die Alternativobligation, Diss. Greifswald. 1900.
45. Schollmeyer, Kommentar z. B.G.B. Allgem. Teil der Schuldverh. 1900.

46. Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgem. Lehren. 1897.
47. Staudinger, Kommentar z. B.G.B. I. Buch, 2. Aufl. 1904. 2. Buch, 1. Aufl. 1901.
48. Struckmann-Koch, Kommentar z. C.P.O. 8. Aufl 1901.
49 Titze, Unmöglichkeit der Leistung. 1900.
50. Wagner, Die Alternativobligation mit Wahlrecht des Schuldners. Diss. 1903.
51. Archiv für bürgerliches Recht, herausgegeben von Kohler.
52. Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts.
53. Iherings Jahrbücher.
54. Juristische Wochenschrift.
55. Jahrbücher für Dogmatik.
56. Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen bis zum 2. Heft des 57. Bandes.

Inhaltsverzeichnis.

I. § 1. Einleitung 1
§ 2. Das Wesen der Wahlschuld 3
a) Der Zustand der Schwebe 3
b) Die Einheitlichkeit des Schuldverhältnisses . 11
c) Der Inhalt der Wahlschuld 14
§ 3. Die Entstehung der Wahlschuld 15
a) Durch Rechtsgeschäft 15
b) Die gesetzlichen Fälle und die facultas alternativa 17
§ 4. Die Bedeutung des § 263, Abs. 1 22
a) Die Worte „im Zweifel“ 24
b) Die Person des Wählenden 27
§ 5. Die Wahlhandlung als empfangsbedürftige Willenserklärung 31
a) Die ausdrückliche und stillschweigende Äusserung der Wahl 31
b) Die Erklärung unter Anwesenden und Abwesenden 36
c) Willensmängel der Wahlerklärung 51
§ 6. Die bedingte Wahl 54
§ 7. Der Dritte als Wahlberechtigter 60
§ 8. Mehrheit von Personen auf Seiten der wahlberechtigten bezw. deren Gegenpartei . . . 74
a) Die Gemeinschaft nach Bruchteilen . . . 79
b) Berechtigung oder Verpflichtung zur gesamten Hand, Gemeinschaftlichkeit 80
c) Gesamtschuldner-bezw. Gesamtgläubigerschaft 85
II. § 9. Der Verzug des wahlberechtigten Schuldners . 92
§ 10. Der Verzug des wahlberechtigten Gläubigers . 103

I.

§ 1.

Ein Schuldverhältnis kann bereits bei seiner Entstehung die obligatorische Leistung so genau festlegen, dass ein Zweifel über diesen festbestimmten Inhalt oder eine Veränderung desselben ohne den übereinstimmenden Willen der Parteien nicht möglich ist. Dann liegt der praktisch alltägliche Fall der speziellen Obligation vor. Ebensowohl kann aber die Richtung der Leistung oder einer Summe von Leistungen nur ganz allgemein angegeben sein, so dass sich die einzelne Leistung von vornherein noch nicht bestimmen lässt. Die Grenze der Unbestimmtheit aber ist dann erreicht, wenn der Gegenstand oder allgemeiner gesagt die Möglichkeit des Inhalts bei der Begründung des Schuldverhältnisses noch ungewiss gelassen ist und erst in der Zukunft bestimmt werden soll. Die Quelle zur Hebung der Unbestimmtheit kann dann entweder der Wille der Parteien oder das Gesetz sein, mag die Entscheidung einer Partei, einem Dritten oder einem zufälligen Ereignis anheimgegeben sein.

Besonders hervorzuheben unter solchen unbestimmten Obligationen sind die generischen, d. h. Schuldverhältnisse, bei denen das Leistungsobjekt nicht individuell, sondern nach Merkmalen, die eine Gattung

darstellen, bestimmt werden soll, da sie in ihrem Charakter den alternativen nahe verwandt sind. Je zahlreicher aber und genauer die Merkmale des Leistungsinhaltes angegeben sind und je unbegrenzter der Kreis der Objekte ist, die die näher bestimmten Kennzeichen tragen, desto mehr geht die Reinheit der Gattungsschuld verloren, desto mehr nähert sie sich dem gemischt-generischen Schuldverhältnis. Schwierigkeiten in der Beurteilung werden vor allem diejenigen Fälle machen, in denen gattungsmässig bezeichnete Sachen aus einem bestimmten Vorrat, der nicht selbst Gattung ist, zu leisten sind.[1]) Ob dann eine Gattungsschuld oder eine Speciesschuld mit beschränkter Unbestimmtheit oder schliesslich eine Wahlschuld vorliegt, wird nach jedem Einzelfall entschieden werden müssen.

Je mehr auf die Zahl der Gegenstände Gewicht gelegt und je stärker die individuelle Abgrenzung der einzelnen Objekte gegen einander zum Ausdruck gekommen ist, desto eher wird die Annahme einer Wahlschuld gerechtfertigt sein. Eine für alle Fälle gültige Norm kann schlechterdings nicht aufgestellt

1) Die Motive (II S. 11) erkennen auch ausdrücklich die Möglichkeit solcher Verbindlichkeiten an. Vergl. Berndorff, Die Gattungsschuld (1900) und die S. 14 zusammengestellten Ansichten Planck, a. a. O. § 243 A. 2. „Regelmässig wird anzunehmen sein, dass nur eine spezielle Bezeichnung der Gattung beabsichtigt ist.“ Siehe ferner Enneccerus-Lehmann, a. a. O. § 152 a. E und Chamizer, S. 62. Gegen die Annahme einer Gattungsschuld überhaupt Dernburg, a. a. O. II S. 27. Im gem. R. wurden die gemischt-generischen Obligationen vielfach für Wahlschulden erklärt. So Savigny, Obligationenrecht Bd. 1 S. 400; Unger, Öster. Privatrecht I S. 405. Vergl. auch Windscheid § 255 Anm. 17.

werden. Jedenfalls wird die Unübersehbarkeit des Vorrates nicht als etwas für die Grundobligation Typisches angesehen und zum Massstab für dieselbe erhoben werden können, wie Eck und Litten behaupten.[2])

Mit Recht weist Chamizer[3]) auf die Unsicherheit einer Abgrenzung des Begriffes „unübersehbar grosse Menge" und die Unhaltbarkeit der Ansicht vorerwähnter Schriftsteller mit der Betonung hin, dass auch bei einzelnen Fällen der reinen Gattungsschuld die Menge der Stücke vollkommen übersehbar ist.

In zweifelhaften Fällen aber wird man sich auch hier in erster Linie an die Parteiabrede halten müssen. Die Worte allein wird man zwar nicht für entscheidend ansehen dürfen, aber sie werden doch am ehesten geeignet sein, Aufschluss über den Willen der Parteien zu geben.[4])

Aus diesen Ausführungen erhellt so viel, dass es häufig zweifelhaft sein wird, ob die Normen über die Wahlschuld oder die Grundsätze der Gattungsschuld zur Anwendung kommen müssen.

§ 2.

a) Die Wahlschuld, im gemeinen Recht Alternativobligation genannt, ist ein Schuldverhältnis, kraft dessen der Schuldner verpflichtet ist, eine von mehreren den Inhalt der Obligation bildenden Leistungen zu be-

2) Eck, a. a. O. S. 241. Litten a. a. O. S. 90. Anm. 10. Ebenso Berndorff, a. a. O. S. 19. 3) Chamizer, a. a. O. S. 65.
4) Chamizer, a. a. O. S 66. Ebenso Crome II § 147, Anm. 7. Vergl. auch Schollmeyer, § 243. A. 8.

wirken. Festgestellt werden soll diese Leistung in erster Linie durch die im Zweifel vom Schuldner vorzunehmende Wahl. Es soll also eine von allen dem Schuldverhältnis zugrunde gelegten Leistungsmöglichkeiten zur Erfüllung dienen, welche, das ist bei der Entstehung der Wahlschuld noch ungewiss.

Das ist der Sinn der in § 262 B.G.B. enthaltenen Begriffsbestimmung eines Wahlschuldverhältnisses, die in Übereinstimmung mit der im gemeinen Recht herrschenden Ansicht von dem Wesen einer obligatio alternativa steht.

Geschuldet sind danach alle Leistungen, die bei der Begründung des Schuldverhältnisses als Inhalt aufgenommen sind, jedoch nicht in der Absicht, um kumulativ, d. h. insgesamt der Erfüllung zu dienen, sondern sämtliche Leistungsobjekte stehen koordiniert bezüglich der Tilgung zu einander, jeder ist selbstständig und gleichwertig in dieser Hinsicht gegenüber dem andern. Aber die Erfüllung einer einzigen von allen in obligatione befindlichen Leistungen soll die Wahlschuld zum Erlöschen bringen. Man fasste den Charakter der Alternativobligation im gemeinen Recht wohl in die Formel zusammen: duae bezw. plures res in obligatione, una in solutione.

Bis zu dem Augenblicke, in dem es sich entscheidet, welches der Schuldobjekte schliesslich bewirkt werden soll, also bis zur Hebung der Ungewissheit, umschliesst alle Leistungen ein gemeinsames Band, alle sind in gleicher Weise die Schuldgegenstände der Wahlschuld.

Das B.G.B. hat sich damit, wie § 262 zeigt, auf den Standpunkt der von Bernstein[5]) so genannten resolutiven Pendenztheorie gestellt. Anlass zu Konstruktionsschwierigkeiten bot von jeher der Zustand, in dem sich die Alternative und damit das ganze Schuldverhältnis in dem Zeitraum von seiner Begründung bis zur Hebung der Ungewissheit des Erfüllungsobjektes befindet.

Während dieses Stadiums befindet sich die Wahlschuld im Zustand der Schwebe. Doch bedeutet diese Pendenz nicht etwa, dass das Schuldverhältnis als solches noch nicht vollendet oder sein Bestand etwa unsicher ist, sondern vielmehr, dass der definitive Inhalt der Obligation, das Objekt der Erfüllung, einstweilen ungewiss ist und der näheren Bestimmung harrt. Die alternative Obligation als solche ist mit ihrer Entstehung perfekt. Im Gegenteil, zugleich mit der Beseitigung des Schwebezustandes, also im Augenblick der gültigen Feststellung des Tilgungsobjektes geht die Wahlschuld als solche unter, sie verliert den ihr eigenartigen Charakter und verwandelt sich in eine obligatio simplex.

Bei dem Versuche nun, die Pendenz zu erklären, legte die eine Ansicht dem Eintreten der mehreren alternativen Leistungen in das Schuldverhältnis die Bedeutung bei, dass diese sämtlichen Leistungsmöglichkeiten, wie sie Litten[6]) nennt, von der Begründung der Wahlschuld an als deren Inhalt zu betrachten seien und

5) Bernstein, Der alternative Wille (1878), S. 1—5.
6) Litten, a. a. O. S. 18 ff.

von denen jede in gleicher Weise geeignet sei, der Verwirklichung der Obligation zu dienen. Getilgt werde die Wahlschuld wie jede andere durch die Erfüllung eines der Schuldgegenstände. Mit der entscheidenden Handlung, die das Tilgungsobjekt aus den sämtlichen Leistungen ausscheide, d. h. als solches feststelle, würden die übrigen Schuldobjekte aus dem Schuldverhältnis wieder entlassen, während die auserwählte Leistung nunmehr endgültiger einziger Inhalt der Obligation bleibe und Erfüllungsobjekt geworden sei. (Resolutive Pendenztheorie.)

Die zweite Theorie vertritt den entgegengesetzten Standpunkt und behauptet, es werde durch die Begründung der Alternativobligation noch keiner der den Inhalt bildenden Gegenstände geschuldet, jeder von ihnen könne zwar einmal zum Schuldobjekt erhoben werden, vor der Entscheidung aber befinde sich noch keine Leistung in obligatione. Erst die Hebung der Ungewissheit führe einen Schuldgegenstand in das Schuldverhältnis ein, mache ihn dadurch zum Inhalt und gleichzeitig zum Tilgungsobjekt der Obligation. (Suspensive Pendenztheorie.)

Eine dritte, von Enneccerus-Lehmann[7]) verfochtene, sogenannte mittlere Ansicht, die sich mit

7) Enneccerus-Lehmann, a. a. O S. 417 schliesst sich in seinen Erörterungen über den Schwebezustand der von Fitting (Correalobligationen) für das gem. R. verfochtenen Ansicht an, die aber auf nichts anderes hinausläuft als auf eine Erklärung im Sinne der susp. Pendenztheorie. Ebenso Leonhard in Iherings Jahrb. Bd. 41. S. 63. Vergl. auch Pescatore, Alternativobl. (1880) S. 23 f.

der Erklärung zu helfen sucht, „dass zunächst in Wahrheit nur eine, zunächst unbestimmte, dann durch die Entscheidung bestimmt werdende Leistung geschuldet werde“, ist wie Litten[8]) richtig bemerkt, stets nur im Sinne einer der beiden Anschauungen zu beurteilen.

Das B.G.B. vertritt, wie durch §§ 262 und 263, Abs. 2 zum Ausdruck gekommen ist, die resolutive Pendenztheorie. Das ergibt sich unzweideutig aus den Motiven und der Fassung des § 2072. I.

§ 262 B.G.B. lautet:

„Werden mehrere Leistungen in der Weise geschuldet, dass nur die eine oder die andere zu bewirken ist, so steht das Wahlrecht im Zweifel dem Schuldner zu.“

Das soll also nichts anderes heissen als, das alternative Schuldverhältnis umspannt von Anfang an die Verpflichtung zu den mehreren Leistungen, der Schuldner ist in Beziehung auf alle gebunden, aber die Bewirkung einer derselben tilgt das ganze Schuldverhältnis. Dass daher mit der Entscheidung, welcher Gegenstand der Erfüllung dienen soll, dieser nicht erst in das Schuldverhältnis eingeführt wird, zeigt schon in seinem Wortlaut der an § 262 eng sich anschliessende,

8) Litten, a. a. O. S. 28, Anm. 12. Der Unterschied von resolutiver und suspensiver Pendenztheorie ist zuerst von Bernstein (Der alternative Wille) S. 4 aufgestellt und von ihm die Ansicht vertreten worden, dass beide Theorien schon im röm. R. bestanden hätten. Über die gemeinr. Lit. vergl. Windscheid, a. a. O. § 255. Anm. 5. Die von Windscheid für das gem. R. verfochtene Anschauung wird auch von Litten S. 37 ff. geteilt.

ihn ergänzende § 263, Abs. 2: „Die gewählte Leistung gilt als die von Anfan an allein geschuldete.“

Der § 262 spricht also nicht, wie Litten anzunehmen scheint, aus, dass mehrere Leistungsmöglichkeiten vorhanden sind, sondern aus seinem Wortlaut geht zur Evidenz hervor, dass der Schuldner bereits mit der Begründung der Wahlschuld in ein Verpflichtungsverhältnis zu sämtlichen zur Alternative verstellten Leistungen tritt. Alle sind Inhalt der Alternativobligation[9]) geworden, jedoch mit der Bestimmung, dass schliesslich nur eine einzige Leistung zum Zwecke der Tilgung des Schuldverhältnisses infolge der Entscheidung als definitiver alleiniger Obligationsinhalt zurückbleibt.

So dient der § 263, Abs. 2 in seiner Ergänzung des § 262 zur Erklärung des Schwebezustandes und des Einflusses der Vereinfachung des Schuldverhältnisses auf die nicht erwählten Schuldobjekte.

Litten bemerkt selbst, dass die Frage nach der Beurteilung des Stadiums der Pendenz nur im Sinne einer der beiden erwähnten Theorien gelöst werden könne, dass also entweder beide oder noch keine der Leistungen Obligationsinhalt seien.

Litten gibt zwar zu, dass der erste Entwurf des B.G.B. den Standpunkt der Resolutivpendenz vertreten und dies in §§ 207 und 209 zum Ausdruck gebracht habe. Bei der Absicht aber, diese Auffassung ins Gesetz zu übertragen, sei es geblieben, denn weder sei in der Fassung des § 262 eine Entscheidung der

[9]) Dieser Ausdruck gilt allgemein für die Wahlschuld hier,

Pendenzfrage zu erblicken, noch besage § 263, Abs. 2 etwas über die Stellung der mehreren Leistungen zum Inhalt des Schuldverhältnisses. Während Litten aber einerseits zugibt, dass die Verfasser der Motive zum E I die Definition der Wahlschuld durchaus zutreffend und der im ersten Entwurf getroffenen Regelung entsprechend gefasst haben, und dort schlechthin die resolutive Objektspendenz aussprechen, kommt er andererseits durch Gegenüberstellung des § 2112 I zum § 265 B.G.B. und Heranziehung von § 275, Abs. 1 und § 280, Abs. 1 zu dem Endergebnis für das B.G.B., dass die Objektspendenz im Falle des Gläubigerwahlrechts eine resolutive, im Falle des Schuldnerwahlrechts eine suspensive sei.[10])

Wer sich zur Erläuterung des Wesens eines Rechtsgebildes und zur Gewinnung einer Begriffsbestimmung desselben an die Vorarbeiten zum Gesetz anlehnt, sollte sich in erster Linie an die Erörterungen und Ausführungen halten, die den für die Definition nicht zweifelsfreien oder vermeintlich lückenhaften fraglichen Gesetzesvorschriften als Grundlage dienten.

Da können nur § 207 und § 209, Abs. 2 E. I in Frage kommen.

Zugegeben selbst, dass der Wortlaut des § 262 keinen unzweideutigen Anhaltspunkt enthielte, so muss doch seine Fassung im Hinblick auf die charakteristische und bestimmte Ausdrucksweise des § 263, II völlige Aufklärung ergeben.

Die in § 263, Abs. 2 ausgesprochene Fiction geht

10) Litten, S. 73—77.

einmal dahin, dass die infolge der Wahl zur obligatio simplex gewordene Alternativobligation so angesehen werden soll, als sei sie seit ihrer Begründung immer ein einfaches Schuldverhältnis gewesen. Inwieweit zugleich darin der Gedanke der Rückwirkung Ausdruck gefunden hat, wird später zu untersuchen sein.

Dann aber legt diese Vorschrift der Entscheidung ferner die Bedeutung bei, dass die nicht gewählten Leistungen, die gleich dem zur Erfüllung bestimmten Objekt ursprünglich in gleicher Berechtigung auf dieses Ziel in das Schuldverhältnis eintreten, nunmehr infolge der Wahl als nicht auserlesen für die Befriedigung des Gläubigers aus der Obligation wieder ausscheiden sollen, als hätten sie ihr nie angehört. Dass dabei das Wort „allein" nur nebensächlicher Natur sei oder gar einen Pleonasmus bedeute, wie Litten anzunehmen geneigt erscheint, kann nicht zugegeben werden. Um als überflüssig betrachtet zu werden, dazu ist ein solches Wort an sich viel zu schwerwiegend, besonders in Rücksicht auf die Stelle, die es im Satzgefüge des § 263, Abs. 2 einnimmt. Für Littens Bestreben, den Schwebezustand der Wahlschuld mit Schuldnerwahlrecht im Sinne der suspensiven Pendenztheorie zu deuten, mag es von untergeordneter Bedeutung, ja geradezu störend und unbequem sein.

Dieses „allein" ist aber ein wichtiges Wort und bedeutsam, wenn wir § 263, Abs. 2 im Zusammenhange mit § 262 betrachten. Soll in § 263, II zum Ausdruck gebracht werden, dass erst mit der Entscheidung der Inhalt der Wahlschuld ermittelt und die gewählte

Leistung dazu erhoben wird, so würde es genügt haben, in § 263 zu sagen: „Die gewählte Leistung gilt als die von Anfang an geschuldete."

Der Gebrauch des Wortes geschuldet sowohl in § 262 wie § 263, Abs. 2 ist entscheidend. Durch die Hinzufügung des Wörtchens allein kann nichts anderes haben ausgesprochen werden sollen, als der Grundsatz der resolutiven Pendenz.

Das hat die herrschende Ansicht[11]) anerkannt und besonders Schollmeyer verfochten.

b) Eine andre, gemeinrechtlich schon sehr umstrittene Frage ist die, wie die Wahlschuld zu konstruieren ist, ob als eine Einheit, deren Inhalt nur alternativ gefasst ist oder als eine Mehrheit von Einzelobligationen der Zahl der Schuldobjekte entsprechend.[12]) Die im B.G.B. herrschende Ansicht nimmt den für

11) Dernburg, a. a. O. S. 97. Planck, A. 1 zu § 262. Crome, a. a. O. S. 90. Text u. A. 6. Chamizer, a. a. O. S. 5 Endemann, a. a. O. S. 667, A. 6. Schollmeyer, Vorbem. zu § 262. Für eine einheitliche Behandlung der Wahlschulden tritt nachdrücklich Stammler, S. 134 ein. Mit keiner der beiden Theorien will sich R. Leonhard in Ecks Vorträgen S. 258, A. 1 einverstanden erklären: „Hieraus ergibt sich, dass in gewisser Hinsicht jede Leistung von Anfang an bis zur Wahl geschuldet ist, in anderen Beziehungen aber noch nicht, so dass die angedeutete Frage, ob sie bereits vorher den Schuldinhalt bilde, weder mit Ja noch mit Nein beantwortet werden kann."

12) Vergl. für das gem. R. Adicces, Zur Lehre von den Bedingungen S. 28 f Girtanner, Die Bürgschaft S. 568. Fitting, Die Correalobligationen S. 141 ff. Pescatore, Die alternative Obligation, S. 77 ff. Gegen ihn Stammler a. a. O. S. 134, 135: „An und für sich bestehen alternativ ausgebaute Schuldverhältnisse in ihrer Besonderheit einheitlich und sind in ihrer Eigenart gleichmässig aufzufassen."

das gem. R. schon von Regelberger[13]) vertretenen Standpunkt ein, „dass bei der alternativen Obligation nur eine Obligation mit Unbestimmtheit des Leistungsgegenstandes vorliege."

Wie Enneccerus-Lehmann[14]) dies in folgenden Worten ausspricht: „Hieraus ergibt sich, dass die alternative Obligation des B.G.B. wie die gemeinrechtliche eine einzige und zwar eine unbedingte Forderung ist", so müssen auch die Anhänger der reinen suspensiven Pendenz die Auffassung von der Wahlschuld als eines einheitlichen Schuldverhältnisses anerkennen. Diejenigen aber, welche die resolutive Pendenz verteidigen[15]), entscheiden sich fast ausnahmslos für die Einheit der Obligation. Mag man auch die Ansicht vertreten, dass hier eine Mehrheit von Ansprüchen vorliegt, unter denen die Entscheidung getroffen werden soll, so zwingt das noch nicht zu der von Chamizer[16]) verfochtenen Anschauung, dass eine der Anzahl der Leistungsmöglichkeiten entsprechende Menge von Einzelobligationen vorhanden sei.

In seiner ganzen Konsequenz kann er jedoch diesen Standpunkt nicht aufrechterhalten und führt daher einlenkend aus: „Die Einzelobligationen sind aber bei der Alternativobligation durch den sie begründenden

13) Siehe Iherings Jahrb. Bd. 16 S. 167.

14) Enneccerus-Lehmann, S. 417.

15) So Planck a. a. O. A. 1 zu § 263. Dernburg, a. a. O. S. 97 No. 3. Schollmeyer, a. a. O. A. 1 zu 263. Rehbein, a. a. O. No. 60 zu §§ 262–65. Chamizer, a. a. O. S. 2–6. Crome, a. a. O. II S. 90.

16) Chamizer, a. a. O. S. 10.

Willen auf Grund eines einheitlichen obligatorischen Tatbestandes zu einem einheitlichen Gesamtschuldverhältnis zusammengefasst, wodurch im Grossen und Ganzen eine einheitliche Behandlung für die einzelnen Ansprüche erreicht wird, sodass man insoweit mit Fug auch von einer Einheit der Alternativobligation reden kann."[17])

Es ist nicht einzusehen, weshalb Chamizer in richtiger Erkenntnis des die Wahlschuld begründenden Willens und besonders des einheitlichen obligatorischen Tatbestandes zu diesem Schluss kommen zu müssen glaubt. Grade die erwähnten Momente sind es, die zu der Auffassung drängen, die Wohlschuld als ein einheitliches Schuldverhältnis anzusehen, gleichgültig, ob der Schuldner oder Gläubiger die Wahl hat, ob die Pendenz eine resolutive oder suspensive zu nennen ist, anstatt die dadurch, dass Private sich zur Befriedigung eines bestimmten Bedürfnisses rechtlich verbunden haben, geschaffene rechtliche Beziehung in mehrere Einzelbeziehungen zu zerteilen.[18])

17) Siehe vorige Anmerkung. Ganz ähnlich äussert sich Ryck, Schuldverhältnisse Berlin 1883—89. S. 231 für das gem. R. Er kommt zu dem Ergebnis, dass die Alternativobligation ein zusammengesetztes Schuldverhältnis sei, das aus zwei Gliedobligationen bestehe und zutreffend als Wahlschuldverhältnis bezeichnet werde. Vergl. dagegen die Ausführungen Littens, S. 10—12.

18) Litten kommt bei dieser Erörterung schliesslich zu dem anzuerkennenden Schlusssatze (S. 12): „Ein einheitliches Schuldverhältnis liegt stets dann vor, wenn die Gesamtheit der rechtlichen Regelungen einem und demselben Bedürfnis dient, wenn also der Zweck ein einheitlicher ist. Hellwig, a. a. O. S. 101 entscheidet sich für die Annahme zweier ex eadem

c) Darüber, was zum Inhalt der Wahlschuld gemacht werden kann, hat das Gesetz nichts gesagt. Es ist daraus die Folgerung zu ziehen, dass Objekte, d. h. Möglichkeiten der mannigfachsten Art, überhaupt alles, was den Gegenstand eines Schuldverhältnisses bilden kann, zum Inhalt einer alternativen Obligation erhoben werden kann. Sowohl um speziell als generell bestimmte, bereits vorhandene wie zukünftige Sachen, sogar nur um einen einzigen Gegenstand, jedoch unter verschiedenen Modalitäten von Ort oder Zeit kann es sich dabei handeln.[19]) Nicht minder sind diejenigen Fälle als Wahlschulden anzuerkennen, bei denen der Abschluss von Rechtsgeschäften in Alternative gestellt ist. Voraussetzung ist für den letzteren Fall ganz besonders, dass die für die Begründung einer Alternativobligation erforderliche Einheitlichkeit des obligatorischen Tatbestandes gewahrt ist. Mit Recht verlangen daher Endemann und Chamizer, dass hier nur da von einer wirklichen Wahlschuld die Rede sein könne, wo das alternative Schuldverhältnis einen Vorvertrag für die wohlweise Gestaltung von Rechtsverhältnissen bilde.[20]) Auffällig erscheint bei dieser Stellungnahme Endemanns[21]) zur vorliegenden Frage, dass die Ausle-

causa entspringender, in der Realisierung sich gegensetzig ausschliessender Ansprüche.

19) Dernburg, a. a. O. II S. 97: Derartige Schuldverhältnisse sind den Alternativobligationen ähnlich.

20) Endemann, a. a. O. § 118, A. 8. Chamizer, a a. O. S. 24, 25. Vergl auch Cosack, a a. O. S. 309 Beisp. 2 unter 1. Ebenso ohne Hinweisung auf ein pactum de contrahendo Schollmeyer, Vorbem. zu §§ 262ff.

21) Endemann, a. a. O. A. 4 zu § 118. Ebenfalls für eine

gung des von ihm angeführten Beispieles: „Die Parteien können ferner z. B. verabreden, dass die zu einem Festmahl gelieferten Gläser entweder gegen Zahlung eines Mietspreises zurückgegeben werden sollen oder gegen Zahlung ihres Wertes zurückbehalten werden können," ihn zu der Auffassung führt, es handle sich hier nicht um ein alternatives Schuldverhältnis nach § 262, sondern nur um eine Vertragskoppelung, während doch im vorliegenden Falle ein pactum de contrahendo, gerichtet auf den Abschluss eines Mietsvertrages oder Kaufvertrages vorliegt.

§ 3.

a) Die Entstehung der Wahlschulden kann auf rechtsgeschäftlichem Wege oder auch kraft Gesetzes erfolgen und die Begründung der ersteren kann wiederum ein Akt unter Lebenden oder von Todeswegen sein. Eine Form der letzteren Art ist das Wahlvermächtnis, für das das Gesetz in § 2154 eine besondere Bestimmung geschaffen hat.

Die Fülle der Fälle ist eine grosse, wenn auch am meisten vorkommen werden nur Verträge und unter diesen wieder die zweiseitigen.

Bei letzteren ist dann die Möglichkeit gegeben, dass nicht nur eine, sondern beide Seiten alternativ berechtigt bezw. verpflichtet sind. Hier, wo Leistung und Gegenleistung Wahlschuldcharakter tragen, ist jede Partei Gläubiger und zugleich Schuldner einer alterna-

Wahlschuld erklärt diesen Fall Litten, a. a. O. S. 101. A. 3. Im übrigen verkennt Litten die Bedeutung des Vorvertrags für das Erfordernis der Einheitlichkeit, wie aus seinen Ausführungen hervorgeht. Vergl. auch Chamizer a. a. O. S. 33.

tiv bestimmten Leistung. Die Wahl und ihre Durchführung nach § 264 muss für jede Seite allein erfolgen. Der Anwendung der §§ 262 und 264 in Verbindung mit §§ 320ff. steht in solchen Fällen nichts entgegen.

Mit Recht weist Litten[22]) auf die Fälle hin, wo je ein Paar (Leistung und Gegenleistung) zu einander in Alternative stehen; z. B.: „Ich verpflichte mich, x für 100 oder y für 200 von dir zu kaufen." Hier bildet x mit 100 die eine Einheit, y mit 200 die andere. x ist mit 100, y mit 200 derartig verbunden, dass der Zahlung von 200 Mk. die Gegenleistung y, der Entscheidung für x die Verpflichtung des Käufers folgt, dafür 100 Mk. zu zahlen. Das Bindeglied zwischen diesen beiden Einheiten einerseits und dem Schuldner und Gläubiger andererseits bildet das Versprechen des Käufers. Die Worte „ich verpflichte mich" sind das bedeutsame Moment, durch das die Einheitlichkeit der Wahlschuld gegeben ist, hergestellt wird.

Verfehlt ist der Schluss, den Litten aus der Gegenüberstellung dieses Beispiels mit dem bei Schollmeyer[23]) angeführten, zieht. Grade Schollmeyer betont in dem von ihm herangezogenen Fall: „A. verkauft dem B. entweder seinen Jagdhund für 500 Mk. oder seinen Bernhardiner für 600 Mk.," dass hier zwei Kaufverträge lose nebeneinander stehen, denen das Erfordernis der Einheitlichkeit des Schuldverhältnisses, dadurch es zur Wahlschuld werden kann, fehlt.

22) Litten, a. a. O. S. 105.
23) Schollmeyer a. a. O. S. 60, 61.

Die entscheidenden Worte: „Ich verpflichte mich" sind absichtlich fortgelassen, um daran zu zeigen, worauf es in solchen Fällen ankommt. Wie wenig Littens Annahme berechtigt ist, dass Schollmeyer in diesem Punkte eine abweichende Anschauung vertrete, beweist ohne weitere Erläuterung das bei Schollmeyer dem obigen Beispiel unmittelbar vorhergehende, das einen völlig analogen Fall neben dem Littenschen darstellt.[24])

b) Neben die rechtsgeschäftliche tritt die Wahlschuld kraft Gesetzes. Wie weit erstere praktisch von Bedeutung ist und ob sie im täglichen Leben häufig vorkommt, mag dahin gestellt bleiben. Wichtig ist jedenfalls, wie auch Dernburg[25]) betont, die Frage, welche Vorschriften im B.G.B. als Wahlschulden auszulegen sind. Zur Beantwortung derselben ist es jedoch zuvor notwendig auf ein der alternativen Obligation nahe verwandtes Rechtsgebilde genauer einzugehen.

Die facultas alternativa ist eine Obligation, bei der grundsätzlich nur eine Leistung geschuldet wird, jedoch ist dem Schuldner die Ermächtigung eingeräumt, sich durch die Bewirkung einer anderen Leistung von seiner Verbindlichkeit zu befreien. Daneben besteht die Alternativermächtigung des Gläubigers. Derselbe ist befugt, vom Schuldner an Stelle der allein geschuldeten Sache eine andere zu fordern.

Der Unterschied von der obligatio Alternativa be-

---

24) Vergl. auch die Austührungen Chamizers a. a. O. S. 25, die zu etwas abweichendem Ergebnis führen.

25) Dernburg, a. a. O. II S. 97.

steht darin, dass bei der facultas nur eine einzige Leistung geschuldet wird, wenn auch mehrere Objekte die Tilgung des Schuldverhältnisses herbeiführen können. Dieses wichtige Moment ist von Bedeutung für den Verzug wie auch besonders für das Unmöglichwerden der res debita. Dazu kommt, dass nicht die einseitige Erklärung im Sinne von § 263 die Konzentration herbeiführt, sondern nur die wirkliche Erfüllung.

Das Fehlen besonderer Vorschriften für die facultas alternativa,[26]) ihre grundsätzliche Wesensverschiedenheit von der Wahlschuld schliessen die analoge Anwendung der für die letztere geltenden Bestimmungen im allgemeinen aus und bedingen die Heranziehung der allgemeinen Regeln aus der Natur der Sache. Zu beachten ist vor allem, dass nur eine Leistung und zwar von Anfang an geschuldet wird.

Hervorgehoben seien nur folgende Fälle als Beispiele einer anderen Behandlung der facultas alternativa:

1. Steht dem Schuldner die Befugnis zu und übt er sie nicht aus, so kann der Gläubiger bei Verzug des Schuldners Klage auf die geschuldete Leistung erheben, und mit der Zustellung der Klage an den Schuldner, nicht erst mit Rechtskraft des Urteils, wie Titze [27]) annimmt, hat der Schuldner die Berech-

[26]) Ausnahmen liegen vor in § 349, Abs. 1 S. 2 und § 342 zweiter Halbsatz. Vergl. dazu Titze, a. a. O. S. 144 und S. 158.

[27]) Titze, a. a. O. § 10. A. 1. S. 196.

tigung verloren, sich durch Bewirkung der anderen Leistung zu befreien.

2. Macht der Gläubiger von seiner Ermächtigung keinen Gebrauch, so geht er, sobald auf seiner Seite die Voraussetzungen des Verzuges vorliegen, seines Rechtes verlustig. Aus § 264, Abs. 2 für diesen Fall dem Schuldner die Pflicht einzuräumen, dem säumigen Gläubiger eine angemessene Frist zu gewähren, geht nicht an, das käme auf analoge Anwendung der Vorschriften der Wahlschuld hinaus, die vorher abgelehnt wurde.

Vielmehr hat die nicht rechtzeitige Ausübung der Ermächtigung durch den Gläubiger die Folge, dass der Schuldner nunmehr nur die allein geschuldete Leistung zu bewirken braucht.

Während sich so die Begriffsbestimmung der beiden Rechtsinstitute ziemlich genau klar legen lässt, zeigt sich bei näherer Betrachtung der gesetzlich in Frage kommenden Fälle, besonders in Folge des Mangels einer einheitlichen Ausdrucksweise im Gesetz, wie schwer es oft wird, zu entscheiden, ob in der fraglichen Vorschrift eine Wahlschuld oder eine facultas alternativa enthalten ist. Weder lässt sich aus Worten wie: „Wahl", „wählen", „oder" ohne weiteres auf ein alternatives Schuldverhältnis unfehlbar ein Schluss ziehen, noch bietet eine Ausdrucksweise wie „anstatt" oder „statt" oder wie im § 250: „Nach dem Ablaufe der Frist kann der Gläubiger den Ersatz in Geld verlangen, wenn nicht die Herstellung rechtzeitig erfolgt", einen

sicheren Massstab für das Vorliegen der facultus alternativa.

Förderlich für zweifelhafte Fälle wird immer das Bestreben sein, zu ermitteln, ob eine Leistung derartig in den Vordergrund gestellt ist, dass sie principaliter geschuldet wird, dass sie das eigentliche Schuldobjekt bildet, während die andere, bezw. die übrigen Leistungen erst eventuell in Frage kommen.

Trotz solcher Gesichtspunkte ist man sich wenig klar und einig geworden über die Fülle der gesetzlichen Wahlschuld im Gegensatz zur gesetzlichen facultas alternativa. Beide sind häufig.

Fast unbestritten ist im Gesetz als Fall der obligatio alternativa nur § 179 anerkannt und zwar nicht wegen Gebrauchs des Wortes Wahl, sondern weil aus der ganzen Vorschrift erhellt, dass beide Rechte des Gläubigers als völlig gleichwertig neben einander stehen.[28]) Im übrigen ist den Ausführungen Littens zuzustimmen, der in eingehender Weise die beiden Rechtsinstitute erläutert und die einzelnen Fälle des Gesetzes in klarer Weise festgelegt hat.[29]) Gegenüber den von Chamizer[30]) als gesetzliche Wahlschulden verfochtenen Fällen seien die mit Recht als facultates alternativae

---

28) So Planck, a. a. O. I Nr. 2 zu § 169. Ebenso Schollmeyer, a a. O. S 62. Fischer-Henle, Anm. 3 zu § 179. F. Leonhard, a. a. O. S. 2 Enneccerus-Lehmann, a. a. O. A. 2 S. 417. Chamizer, a. a. O. S. 36 u. 37. Litten, S. 114 u. 115 A A Kuhlenbeck, S. d. Pandekten z. B.G B. S. 24.

29) Litten, a a. O. § 24 u. § 25.

30) Chamizer, a. a. O. S. 36 ff.

von Litten erkannten und verteidigten Vorschriften der §§ 249, S. 2 und 251 Abs. 2 erwähnt.

Verfehlt aber dürfte die Auslegung Chamizers wie Littens bezüglich der Bestimmungen über die Rechte des Käufers wegen Mängel der Kaufsache sein, die auch der herrschenden Auffassung durchaus widerspricht.[31]) Die aus der Mangelhaftigkeit der Leistung des Verkäufers für den Käufer entspringenden Ansprüche sind subjektive Rechte, Befugnisse des letzteren, die in elektiver Konkurrenz zu einander stehen und nichts von dem der Wahlschuld eigenen Wesen haben.

Das Wandlungs- oder Minderungsbegehren wird als ein Vertragsantrag des Käufers an den Verkäufer aufgefasst: erst wenn dieser sich damit einverstanden erklärt hat, ist die Wandlung bezw. Minderung vollzogen. Bis dahin kann der Käufer beliebig seinen Antrag zurückziehen und ändern, erst der Vertragsschluss bewirkt eine endgültige Bindung. Die Anwendung des § 263 ist also, wie Chamizer[32]) bemerkt, durch § 465 ersetzt. Die Mitglieder der Kommission für die zweite Lesung des E. I. (Pr. I. S. 709ff.) haben § 263 ausschliessen wollen; die §§ 264 und § 265 kommen für die Wandlung und Minderung nach Chamizer nicht in Betracht.

---

31) Die herrschende Ansicht wird vertreten durch Planck, a. a. O. A. 1 zu § 465. Schollmeyer a a. O. Vorbem. zu §§ 262–65. Crome S 91 A 17. F. Leonhard, a. a. O. S. 2. Endemann, a. a. O. § 84 No. 5 u. No. 19. Oertmann, a. a. O. Vorbem. zu § 262 ff No 2c. Kuhlenbeck A. 1. z 465, Rehbein, a. a. O. S. 73 Fischer-Henle A 1 z. § 462

32) Chamizer, a. a. O S. 50.

Was zwingt da noch zur Annahme einer gesetzlichen Wahlschuld? Vielmehr ist Planck[33]) Recht zu geben, wenn er sagt:

„Es handelt sich im vorliegenden Fall nicht um ein Alternativverhältnis im Sinne des § 262, sondern um eine Konkurrenz von Ansprüchen, deren jeder so lange bestehen bleibt, bis einer derselben befriedigt wird."

§ 4.

Die Wahlschuld gerät, wie zuvor erörtert wurde, mit ihrer Begründung sogleich in einen Schwebezustand, der darin besteht, dass bei dem in seiner Existenz unzweifelhaften Schuldverhältnis eine Mehrheit von Schuldobjekten zum vorläufigen Inhalt der Obligation erhoben wird und doch nur irgend eins derselben dazu auserlesen ist, einst bewirkt zu werden. Welche der mehreren dieses Los trifft, steht noch dahin. Solange dieses Stadium der Pendenz besteht, behält die Wahlschuld den ihr eigentümlichen Charakter, nur so lange existiert sie als solche. Wird die Ungewissheit gehoben und damit der Zustand beseitigt, so hat nunmehr zwar die Alternativobligation als solche ihre Eigenart, ihr Leben eingebüsst, aber andererseits ist erreicht, was erstrebt wurde.

Die ursprüngliche Wahlschuld soll wie alle anderen Schuldverhältnisse erfüllt werden, das war der Zweck der Begründung. Dem Gläubiger soll wie im Regelfall

33) Planck, a. a. O. A. 1 z. § 465.

eine Leistung zugeführt werden. Die Besonderheit besteht hier nur darin, dass die Wahlschuld als solche die Verwirklichung dieses Zieles nicht herbeiführen kann, sie lässt sich als reine obligatio alternativa nicht erfüllen. Erst die Heraushebung eines der sämtlichen Schuldobjekte aus allen als zur Erfüllung bestimmte Leistung bildet den bedeutsamen Schritt für die Verwirklichung des Schuldverhältnisses. Dieses Ereignis vernichtet die Wahlschuld in ihrer Eigenart, sie macht sie zur obligatio simplex, aber sie bringt ihr zugleich die Tilgungsfähigkeit. So wird die Beseitigung der Unbestimmtheit und die damit zusammenhängende Verwandlung der Alternativobligation zu dem wichtigsten Vorgang in der Entwickelung des Schuldverhältnisses zu seinem Endziel, der Erfullung.

Zur Bestimmung des Tilgungsobjektes soll nach dem B.G.B. § 262, Abs. 1 in erster Linie die Wahl dienen. Durch die besondere Gestaltung, die die Gesetzgeber der Ausübung der Wahl in der Norm des § 263, Abs. 1 gaben, wurde der alte gemeinrechtliche Streit zugleich zugunsten der von Ihering vertretenen Theorie der einseitigen Erklärung des Wählenden entschieden.[34])

Auch die Unmöglichkeit bezw. das Unmöglichwerden der einen Leistung kann nach § 265, Abs. 1 ein Weg für die Konzentrierung der Alternativobligation werden. Nicht minder bewirkt die tatsächliche Leistung eines

---

34) Vergl. Windscheid, a. a. O. § 255, A. 9 und die dort Zitierten.

der Schuldobjekte unter bestimmter Voraussetzung die Vereinfachung der Wahlschuld und zugleich auch das Erlöschen des ganzen Schuldverhältnisses.

a) Die Berechtigung zur Wahl kann je nach dem Willen der Parteien, also durch Vertrag, oder Kraft Gesetzes (§ 179) bald dem Schuldner, bald dem Gläubiger, selbst einem dritten eingeräumt sein. Ist über die Ausübung der Wahl keine Vereinbarung getroffen, lässt sich auch aus dem gesamten Inhalt des Schuldverhältnisses kein Anhaltspunkt gewinnen, wem das Wahlrecht zustehen soll, so tritt der § 262 in seine Rechte.

In solchen Fällen, also nur im Zweifel, besteht aus dem Gesichtspunkt, dass ja der Schuldner zur Erfüllung der einen oder der anderen Leistung verpflichtet ist und er durch die tatsächliche Bewirkung irgend eines der in obligatione befindlichen Gegenstände dieser Pflicht genügt, die Vermutung für die Wahlbefugnis des Schuldners. Das spricht die Bestimmung des § 262 aus. Es wird also im Einzelfalle auf das genaueste der Wille der Parteien zu ergründen sein.

Damit wird zugleich die Frage berührt, ob wir es hier mit einem ergänzenden Rechtssatz oder mit einer Auslegungsvorschrift zu tun haben.

Die letztere dient dem Zwecke, einen vorhandenen aber ungenauen und daher zweifelhaften Willen zu erklären. Bestimmungen, Verfügungen oder Erklärungen von Parteien sollen dem mutmasslichen Willen gemäss gedeutet werden. Der ergänzende Rechtssatz dagegen hat stets da einzugreifen, wo Tatbestände eines Rechts-

geschäftes über einen in Frage stehenden Punkt Bestimmungen überhaupt nicht enthalten, also auch eine gegenteilige Willenserklärung nicht vorhanden ist. Der Ausdruck des § 262 „im Zweifel" kommt zur Bezeichnung des nicht zwingenden Charakters eines Rechtssatzes im Gesetz in ausserordentlich vielen Fällen vor und seine Anwendung ist keineswegs eine einheitliche, so dass es oft zweifelhaft ist, welche Bedeutung der Gebrauch der Worte hat.

Die herrschende Meinung[35]) hat sich für das Vorliegen einer Auslegungsvorschrift entschieden, während Stammler[36]) in seiner ausführlichen und wertvollen Erörterung vorliegender Frage in der Vorschrift des § 262 einen ergänzenden Rechtssatz sieht.

Die erstere Ansicht hat ihre grossen Bedenken. Ihre Anhänger müssen in die Enge geraten, wenn der Erklärende über den fraglichen Punkt eine Erklärung nicht abgegeben, überhaupt gar nichts gewollt hat. Denn in diesem Falle fällt die in dem betreffenden Rechtssatze ausgesprochene Rechtsfolge ganz aus, da es an der für sie notwendigen Voraussetzung, dem Vorhandensein einer undeutlichen, der Auslegung bedürftigen Willenserklärung fehlt.

Berechtigt erscheint andrerseits die Auffassung Stammlers, wenngleich diese Auslegung des § 262 wieder nur für den einen Fall brauchbar ist, dass über-

---

35) So Planck, a. a. O. A 2 z. § 262. Oertmann, a. a. O. A 2 z § 262. Staudinger, a. a. O. A. 3 z. § 262. Kaufmann, A. 6. z § 262.

36) Stammler, a. a. O. S. 81.

haupt keine mit Hilfe von Interpretationsvorschriften klar zu legende Privatverfügung vorliegt. Der ergänzende Rechtssatz erfährt aber seine Ausschliessung erst durch besondere Bestimmung seines Gegenteils seitens der verfügenden Kontrahenten. Weder die eine noch die andere Ansicht genügt allen Fällen. Keineswegs spricht die Änderung, die der § 262 gegenüber dem § 207 E. I erfahren hat, für die Auffassung im Sinne einer Auslegungsvorschrift.

Letzterer lautet:

„Ist ein Schuldverhältnis auf mehrere Leistungen in der Weise gerichtet, dass nur die eine oder die andere erfolgen soll, so steht das Wahlrecht dem Schuldner zu, wenn nicht durch das Gesetz oder Rechtsgeschäft ein anderes bestimmt ist."

Hier ist unverkennbar das Prinzip der Dispositivnorm zum Ausdruck gebracht.

Demgegenüber wäre es viel naheliegender, den Wortlaut des Gesetzes: „so steht das Wahlrecht im Zweifel dem Schuldner zu" in Anbetracht des doppelten Charakters, den grade die Worte „im Zweifel" nach den obigen Erörterungen haben können und da zugleich ein Hinweis auf eine Abweichung des in § 207 E. I ausgesprochenen Gedankens fehlt, zugunsten des ergänzenden Rechtssatzes zu deuten, anstatt in der veränderten Fassung des Gesetzes mit Litten[37]) eine Neugestaltung im Sinne der Auslegungsvorschrift zu erblicken.

Es ist sehr wohl möglich, dass einerseits bei Begründung der Wahlschuld zwar eine Erklärung über

[37]) Litten, a. a. O. S. 132, A. 6.

das Wahlrecht erfolgt, dieselbe aber unklar oder wenigstens nicht zweifelsfrei geblieben ist, andererseits aber auch eine Abrede über die Ausübung der Wahl vergessen oder absichtlich unterblieben ist. Beides widerspricht weder den allgemeinen Vorschriften über Schuldverhältnisse, noch auch den speziellen Normen und dem Wesen der Wahlschuld. Zur Beseitigung beider Missstände ist die Bestimmung des § 262 mit den Worten „im Zweifel" imstande. Denn hier liegt ein Fall im B.G.B. vor, wo die Worte „im Zweifel" dem zu erläuternden Rechtssatz bald den Charakter einer Auslegungsvorschrift, bald die Bedeutung einer ergänzenden Norm verleihen. Mit Recht bemerkt daher auch Stammler[38]) ganz allgemein:

„Es ist auch möglich, dass der Inhalt einer Gesetzesvorschrift beides deckt und dieselbe Norm sowohl als Auslegungsvorschrift, wie auch als ergänzender Rechtssatz im Sinne des B.G.B. zu nehmen ist. Alsdann ist sie ebensowohl in den Fällen anzuwenden, in welchen ein inhaltlich zweifelhafter Wille auszulegen ist, als bei solchen Tatbeständen, bei denen über die betreffende Frage eine Verfügung fehlt."

b) Das Wahlrecht ist seinem Charakter nach nicht höchstpersönlich, sondern ein in der Alternativobligation objektiv begründetes Recht. Es geht mit Recht und Pflicht auf die Erben des Wahlberechtigten über, und ein durch Übertragung der Forderung oder durch Schuldübernahme neu eingetretener Gläubiger bezw. Schuldner erwerben das Wahlrecht in dem Masse, wie

[38]) Stammler, a. a. O. S. 81.

es ihrem Vorgänger zur Zeit des Überganges zustand. Haben die Parteien einem dritten das Wahlrecht eingeräumt, so fragt es sich, ob auch dessen Universalsukzessoren dasselbe ausüben dürfen. Im E. I § 212 war die Ansicht ausgesprochen, dass bei der Übertragung der Wahl an einen dritten im Zweifel ein durch die Wahl des dritten bedingtes Schuldverhältnis anzunehmen sei. Die II. Kommission strich diesen § 212 als entbehrlich in Anbetracht der §§ 317—319 des Gesetzes.

Diese Bestimmungen enthalten zwei Fälle. Der § 317 spricht von dem billigen Ermessen bei der Entscheidung. Nach der Auffassung der Motive soll hier ein besonderer Vertrauensakt grade dem wahlberechtigten dritten gegenüber vorliegen. Damit ist gesagt, dass dieser die Entscheidung persönlich treffen und eine Stellvertretung ausgeschlossen sein soll. Kann der dritte die Bestimmung nicht treffen, und ein vorübergehendes Nichtkönnen kommt dabei nicht in Betracht, so fällt die Bestimmung dem Richter anheim. Der praktisch wichtigste Fall ist der Tod des dritten. Durch seinen Eintritt ist jegliche Möglichkeit ausgeschlossen, dass der wahlberechtigte dritte sich persönlich die für die Entscheidung nach billigem Ermessen erforderlichen Informationen holt und daher soll seine ganze Persönlichkeit völlig ausscheiden aus dem Schuldverhältnis. Damit fällt aber die Obligation nicht in sich zusammen. „Die persönliche Entscheidung ist keine Bedingung[39]) für die Gültigkeit des Vertrages", sondern

[39]) Motive II S. 469 Vergl. Oertmann, a. a. O. S. 65. A. 3. z. § 317.

nach dem Gesetze liegt die Bestimmung nunmehr dem Richter ob. § 319, Abs. 1. Das Wahlrecht ist hier also ein beschränkt höchstpersönliches, von einem Übergange auf die Erben des dritten kann niemals die Rede sein.

Soll der dritte nach freiem Belieben bestimmen (§ 319, Abs. 2), so tritt die Bedeutung seiner Persönlichkeit noch mehr in den Vordergrund. Die Verpflichtung zur Leistung steht für den Schuldner unter der Suspensivbedingung, ob der dritte die Bestimmung treffen kann oder will. Der dritte allein, kein anderer soll die Entscheidung bringen. Mit seinem Wegfall durch den Tod ist daher jede Möglichkeit beseitigt, eine Bestimmung der Leistung durch grade diesen dritten zu erhalten und daher das Schuldverhältnis nunmehr unwirksam.[40]) § 319, Abs. 2. Hier tritt der Charakter des Höchstpersönlichen in der Entscheidung durch den dritten noch schärfer hervor und schliesst demgemäss den Übergang des Wahlrechts auf die Erben des dritten mit zwingender Notwendigkeit aus.

Diesen Standpunkt vertritt auch die herrschende Meinung.[41])

Selbstverständlich hindert die Parteien nichts, den Übergang des Wahlrechts auch auf die Universalsukzessoren des dritten zu vereinbaren, es wird jedoch in jedem Einzelfalle zu prüfen sein, ob eine derartige

40) Vergl. hierzu Planck, a. a. O. A. 3 z. § 319. Schollmeyer, a. a. O. S. 185 Kauffmann, a. a. O. II S. 154.

41) Rehbein, a. a. O. II. S. 74. Schollmeyer, a. a. O. A. 1 zu § 262 Crome, a a. O. S. 41ff. Chamizer, a. a. O. S. 14ff. Litten, S. 142. Kaufmann, II A. 2 z. § 318, A 8. z. § 319.

Abrede stattgefunden hat oder von den Parteien beabsichtigt war.

Keine Auskunft über das Wahlrecht geben die Normen des § 262 ff., wenn ein gegenseitiger Vertrag vorliegt. Ist nur auf einer Seite eine Alternative vorhanden, so wird diese Partei mangels Vereinbarung ohne weiteres als Wahlschuldner zu betrachten sein. Der Fall, dass Leistung und Gegenleistung alternativ gefasst sind, wird später zu erörtern sein.

Die Befugnis des Schuldners oder Gläubigers zur Wahl wird mit Litten[42]) zutreffend als Recht aufgefasst werden müssen.

Im Gegensatz zur herrschenden Lehre im gem. R. hat wie schon erwähnt, das B.G.B. den Grundsatz aufgestellt, dass die Entscheidung der Unbestimmtheit und damit die Umwandlung der alternativen Obligation in ein einfaches Schuldverhältnis durch die einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung, nicht erst durch die wirkliche Leistung des Wahlberechtigten, bezw. durch Vertrag erfolgt.

§ 263, Abs. 1 lautet:

„Die Wahl erfolgt durch Erklärung gegenüber dem anderen Teil." Damit ist die Form der Erklärung der Kategorie der empfangsbedürftigen Rechtsgeschäfte im Sinne der §§ 130—132 angereiht.

---

42) Siehe die ausführlichen Auseinandersetzungen Littens S. 125—28. Ebenso Endemann § 118 A. 11. Vergl. auch Crome S. 92 und 93 und die dortigen Anmerkungen. Von einem Recht spricht auch Chamizer, S. 15—17. Ebenso Dernburg, a. a. O. II S. 98 und 99.

Wählen heisst wollen, dass unter den sämtlichen in obligatione befindlichen Schuldobjekten eine bestimmte Leistung erfüllt und durch die erkennbare Willensäusserung zum Tilgungsobjekt erhoben werde.

Nichts einzuwenden wird gegen die bei der Begründung getroffene Abrede sein, dass die Entscheidung der Leistung später durch Vertrag erfolgen soll. Auch eine anderweite Regelung zur Hebung der Unbestimmtheit kann vereinbart werden. Durch vertragsmässige Änderung der Wahlrechtsausübung wird man in manchen Fällen zweckmässig den Härten begegnen, die die Vorschrift des § 263, Abs. 1 haben kann, und auf die eingehend hingewiesen zu haben das Verdienst Leonhards in seiner Studie über die Wahl bei der Wahlschuld ist. (Iherings Jahrb. Bd. 41, S. 1 ff.)

§ 5.

a) Die empfangsbedürftigen Willenserklärungen zeigen ihr Gepräge darin, dass hier die Adressierung oder Erklärung zur Erzeugung einer rechtlichen Wirkung notwendig ist. Der Grund dafür, dass Willensäusserungen gegenüber bestimmten anderen Personen abzugeben sind, beruht auf dem rechtlichen Interesse, das der Empfänger an der Kenntnisnahme hat. Diese Art der Willensäusserung kann einer bestimmten Form bedürfen, sie kann aber auch, wie das Gesetz in § 263, Abs. 1 ausgesprochen hat, formfrei sein. Ein Willensentschluss erlangt erst dann rechtliche Bedeutung und Selbstständigkeit, wenn er in verständlicher Weise erkennbar geworden ist. Der Möglichkeiten, formfreie

Willenerklärungen nach aussen kund zu tun, sind daher viele. Sie treten bald als körperliche Handlungen auf, wie Sprechen, Schreiben, oder sonstige Zeichen, z. B. Bewegungen des Kopfes, bald offenbaren sie sich durch blosses Stillschweigen oder ein anderweitiges Verhalten, das sich nicht als ausdrückliche Erklärung charakterisiert.

Schon im gem. R. herrschte Streit darüber wie die sogenannte ausdrückliche Willenserklärung gegen die stillschweigende abzugrenzen sei. Der E. I § 72 hob diese Einteilung noch besonders hervor, in das Gesetz ist eine Bestimmung über beide Begriffe nicht aufgenommen. Aber auch das B.G.B. kennt den Unterschied, indessen gehen ebenfalls die Meinungen über die trennenden Merkmale auseinander.

Planck[43]) beleuchtet die beiden Hauptfälle von Willensäusserungen des täglichen Lebens, das geschriebene und gesprochene Wort. Zur Ermittelung desjenigen Willens, der erklärt werden solle, genüge das geschriebene und gesprochene Wort oft nicht allein. Für seine Feststellung müssten der geschäftliche Hintergrund, die Persönlichkeit des Erklärenden, kurz alle Momente, die zur Auslegung einer Willenserklärung geeignet seien, herangezogen werden.

Auf die Frage, ob eine Willenserklärung, deren Wille nicht nur aus dem Wortlaut erkennbar sei, sondern erst durch Auslegung gefunden werden müsse, als ausdrückliche im Sinne des B.G.B. zu betrachten sei, lasse sich keine bestimmte Antwort geben. Massgebend

---

[43]) Planck, a. a. O. I Vorbem. zu § 116ff. Anm. 1 und 2.

sei vielmehr, ob unter Berücksichtigung der gebrauchten Auslegungsmittel die Erklärung nach der Auffassung des Lebens noch als eine ausdrückliche angesehen werde.

Im Anschluss an § 164, Abs. 1 S. 2 als Beispiel einer stillschweigenden Willensäusserung führt Planck[44]) aus: Es handle sich nicht um Handlungen, die zu dem Zwecke vorgenommen würden, den Willen kund zu tun, sondern um ein Verhalten, aus dem nach der Auffassung des Lebens geschlossen werde, dass der betreffende Wille vorhanden sei. Es liege hier also nicht sowohl eine Erklärung des Willens im engeren Sinne als vielmehr eine Betätigung desselben vor.

Nach einer anderen Ansicht wird mit der ausdrücklichen Willenserklärung der Zweck verfolgt, unmittelbar den Willen zum Ausdruck zu bringen, während der Erklärende mit der stillschweigenden Willensäusserung zunächst auf einen anderen Zweck abziele, aus der aber ein sicherer Schluss auf das Vorhandensein eines Willens gezogen werden könne.[45])

Es mag dahingestellt bleiben, inwieweit eine Gegenüberstellung beider Begriffe für das Rechtsleben Bedeutung hat und erforderlich ist.[46]) Ein Massstab

---

44) Planck, a. a. O. Vorbem. zu § 116 ff. No. 1 c, dagegen Staudinger, a. a. O. I S. 332. Vergl. auch K. Leonhard, a. a. O. S. 277 II b.

45) Siehe ferner die Ausführungen bei Endemann, a. a. O. § 64 A. 7 ff. Enneccerus-Lehmann, a. a. O. S. 172 befürwortet die Trennung zwischen direkter und indirekter Erklärung, da die Bezeichnungen „ausdrückliche" und „stillschweigende", weil mehrdeutig, leicht zu Irrtümern führen könnten.

46) Endemann, a. a. O. § 64 A. 7 führt dazu aus: „Ein sicherer Einteilungsgrund ist nicht gefunden, und vor allem hat

für die Beurteilung einer Willenserklärung wird in folgendem erblickt werden können:

„In welcher Weise verlautbare ich das gewollte Rechtsgeschäft und welcher Tatbestand wird mir als Verlautbarung des Geschäftswillens zugerechnet?"

„Die Untersuchung darf nicht darauf gerichtet werden, wie eine Willenserklärung lautet, sondern darauf, ob eine Handlung, insbesondere Schweigen und Unterlassen als genügender Ausdruck des Geschäftswillens anzuerkennen ist. Es handelt sich mithin um die objektive Wertung der Verkehrshandlung, um eine Frage der Auslegung, für die die Rechtsordnung und die erprobte allgemeine Verkehrsanschauung massgebend sind."[47])

Der Geschäftswille kann also unmittelbar durch Sprechen, Schreiben, Nicken des Kopfes klar und bestimmt zum Ausdruck gekommen sein. Dann ist die Willenserklärung unmittelbar. Die mittelbare Äusserung zeigt sich in einem Verhalten, das in erster Linie andere Zwecke verfolgt, aus dem aber besonders in Rücksicht auf die begleitenden Umstände nach der allgemeinen Verkehrsanschauung der in Frage kommende Wille gefolgert werden kann.

---

er keine innere Berechtigung, die ausdrückliche Erklärung mit stärkerer oder anderer Wirkung zu versehen als die stillschweigende. Wenn das B.G.B. noch vereinzelt diese Bezeichnungen verwendet, sind sie auf andere Weise zu erklären." Ebenso Staudinger, a. a. O. I S. 332, der die alte Klassifikation der Willenserklärungen in ausdrückliche und stillschweigende im Sinne eines grundsätzlichen Gegensatzes für das B.G.B. verwirft.

47) So Endemann, a. a. O. 293–94.

Handlungen, die einen solchen Rückschluss rechtfertigen, werden von der herrschenden Meinung[48]) „schlüssige" genannt und den ausdrücklichen gegenübergestellt. In solchen Fällen handelt es sich also um eine Auslegungsfrage, und für die Praxis ist deshalb bei der Annahme einer Willenserklärung auf Grund konkludenten Handelns grösste Vorsicht geboten. Konkludentes Handeln wird man mit Endemann aus folgendem Gesichtspunkt als vorliegend erachten können: „Führt die Auslegung von Rechtshandlungen dahin, dass ein bestimmtes zurechenbares Verhalten unter den gegebenen Umständen, sei es nach Treu und Glauben, sei es nach Verabredung oder Verkehrssitte die tatsächliche Verlautbarung eines konkreten Geschäftswillens enthält, so wird der Handelnde daran als an seine Willenserklärung gebunden.[49]) Eine Zwitterstellung zwischen beiden Arten der Willenserklärung nimmt das Schweigen ein. Das reine Stillschweigen ebenso wie das Nichthandeln für sich betrachtet haben keine rechtliche Bedeutung. Ihm widerfährt erst Be-

[48]) So Endemann, a. a. O. S. 295 b. Siehe auch ebenda Anm 15. Staudinger, a. a. O. I, S. 333, No. 3. Enneccerus, a. a. O. S. 172. R. Leonhard, a. a. O. S. 279 unterstellt die facta concludentia dem Begriffe „ausdrückliche Willenserklärung" in einem weiteren Sinne. Er versteht darunter wertlose Erklärungen oder Erklärungen eines Gedankens durch andere Worte als solche sind, die ihm unmittelbar entsprechen.

[49]) Endemann, a. a. O. S. 295 b. Er fährt dann fort: Die sicherste Grundlage dafür, einen Tatbestand auf Grund schlüssiger Handlungen als Willenserklärung anzusehen, werde dann geboten, wenn eine wörtliche Erklärung und besonders ein Vertrag aus den Umständen Ergänzung finde. Inhalt, Ort, Zeit etc. einer Leistung würden hierdurch ergänzt.

achtung durch das Recht, wenn das untätige Verhalten eines Menschen den Schein eines Erklärungswillens hervorruft, mag nun dieser Schein durch eine frühere Erklärung oder durch ein Gesetz oder durch die Verkehrssitte seinem Benehmen aufgeprägt sein.[50])

Das Schweigen wird in vielen Fällen als wortloser, unzweideutiger Geschäftsabschluss, mithin als ausdrückliche Willenserklärung zu gelten haben oder auch als stillschweigende Äusserung zu deuten sein.[51]) Im allgemeinen jedoch wird man mit der Anerkennung des blossen Stillschweigens als einer verpflichtenden Willenserklärung vorsichtig sein müssen.

b) Empfangsbedürftige Willenserklärungen verlangen nicht, dass derjenige, dem gegenüber die Willensäusserung erkennbar gemacht werden soll, die Erklärung auch empfängt. Genügendes aber auch notwendiges Erfordernis für die Wirksamkeit der Kundgebung des Willens ist nach dem Gesetz §§ 130—32, dass die Äusserung dem anderen Teile auch zugeht.

Das Zugehen ist also eine Voraussetzung des Wirksamwerdens der Erklärung. Das Gesetz spricht dies nur für Willensäusserungen unter Abwesenden aus. Welche Behandlung für sie unter Anwesenden in Frage kommt, wird später auszuführen sein.

Unter Ablehnung der übrigen im gem. R. vertretenen Theorien hat das B.G.B. sich für die schon

50) So R. Leonhard, a. a. O. S. 278.

51) Vergl. die Ausführungen Endemanns, a. a. O. S. 296—97 Text sowie Anm. 19 und 21. R. Leonhard, a. a. O. S. 278 ff. Wie hier Kaufmann, a. a. O. S. 112. Ebenso Staudinger, a. a. O. S. 332. Matthias, a. a O. I S. 181—82.

im alten H.G.B. geltende sog. Empfangstheorie entschieden.[52]) Entscheidend für das Wirksamwerden der Willenserklärung soll der Zeitpunkt sein, in dem diese demjenigen zugeht, an den sie gerichtet ist. Auf die tatsächliche Kenntnisnahme der Erklärung — eine Forderung der Vernehmungstheorie — kommt es dabei nicht an. Für die Beantwortung der Frage, wann eine Erklärung als zugegangen zu betrachten ist, wird man von dem leitenden Gesichtspunkt auszugehen haben, denjenigen, für welchen die Willenserklärung bestimmt ist, in die Lage zu versetzen, dass er sich unter regelmässigen Verhältnissen Kenntnis von der Willenserklärung verschaffen kann.[53])

Auf den ersten Blick scheint es danach unmöglich, mit dieser Vorschrift die Adressierungsfähigkeit der mittelbaren Willenserklärungen in Einklang zu bringen.

Kann also eine mittelbare Willenserklärung überhaupt einer bestimmten Person gegenüber abgegeben werden?

„Will man", so führt Staudinger[54]) mit Recht aus,

52) Näheres über die einzelnen Theorien bei Enneccerus-Lehmann § 72. Kaufmann Vorbem. zu §§ 125 ff. Staudinger, a. a. O. S. 334. Siehe auch die Ausführungen Endemanns, a. a. O. S. 310 A. 15.

53) So die herrschende Meinung vergl. Planck, a. a. O. I 8. 206 No. 2 Matthias S. 186. Staudinger a. a. O. S. 334. Litten S. 144. Zu allgemein drückt sich wohl R. Leonhard, a. a. O. S. 284 aus: Zukommen bedeutet den Eintritt in den Gehör- oder Gesichtskreis des Empfangsberechtigten. Vergl. auch die eingehenden Ausführungen F. Leonhards, a. a. O. S. 34–36.

54) Planck, a. a. O. I S. 208 a. E. Staudinger a. a. O. I S. 335 im Prinzip wie hier, im Ergebnis für die Praxis wie

„den Unterschied zwischen ausdrücklicher und stillschweigender Willenserklärung aufrecht erhalten und bei letzterer die Erklärung tatsächlich in einer reinen Unterlassung erblicken, so werden stillschweigende Willenserklärungen eine bestimmte Richtung auf jemand nicht haben können.“ Nach den obigen Erörterungen wird man aber von einem grundsätzlichen inneren Gegensatz beider Willenserklärungen absehen können und müssen, vielmehr in beiden ein gleichgültig in welcher Weise zum Ausdruck kommendes Verhalten zu sehen haben, das nach Verkehrsanschauungen beurteilt zum Schluss auf den Willen nötigt. Hat der Gebrauch von Worten oder anderen äusseren Zeichen nicht stattgefunden, zwingt aber mittelbar das gesamte Verhalten zu einem Schlusse auf den Willen des Erklärenden, so muss eben diese Nötigung auf den Schluss grade dem gegenüber zum Bewusstsein gebracht werden, für den sie bestimmt war. Es fragt sich nur, ob hier nach Planck [54]) ein dem Zugehen entsprechendes Verhältnis regelmässig nur dann anzunehmen ist, wenn die Willenserklärung zur Kenntnis der anderen gelangt. Das würde eine Rückkehr zu der in § 74 E. I gemachten Trennung beider Begriffe bedeuten und diese Unterscheidung hat das Gesetz grade beseitigen wollen. Praktisch mag das zum Bewusstseinbringen der Kennt-

---

Planck. Wie hier wohl auch Litten, a. a. O. S. 143, 144. Ebenso Matthias, a. a. O. S. 184 I c. Vergl. auch Endemann, a. a. O. S. 309, Text und Anm. 7: Die schlüssige Handlung muss derart vorgenommen werden, dass sie dem Gegner kundbar ist.

nisnahme häufig nahekommen, diese als Forderung aufzustellen, erscheint nicht berechtigt.

Das B.G.B hat eine Vorschrift über Willenserklärungen unter Anwesenden nicht gegeben, und es entsteht daher die Frage: Genügt das Zugehen in solchen Fällen oder ist mehr zu fordern?

Der Zweck einer einseitigen Willensäusserung, ganz gleichgültig ob sie unter Abwesenden oder von Person zu Person erfolgt, ist gewisslich kein anderer, dem Gegner Kenntnis von der Willenserklärung zu verschaffen.

Mag nun für das B.G.B. zur Ablehnung der Vernehmungstheorie in erster Linie der Erklärung unter Abwesenden gedacht und daher der Gesichtspunkt massgebend gewesen sein, dass dem Erklärungsempfänger nicht die Möglichkeit gewährt werden soll, sich der Entgegennahme der Erklärung eigenwillig zu verschliessen und andererseits auch dem Erklärenden nicht der schwierige Nachweis der tatsächlichen Kenntnisnahme durch den Erklärungsempfänger aufgebürdet werden dürfe; mag hier dem Verkehrsbedürfnis Rechnung getragen und das Zugehen daher für genügend erachtet sein, so ist, wenn die Voraussetzungen einer solchen Rücksichtnahme auf das Bedürfnis wie bei der Erklärung unter Anwesenden fehlen, daraus noch nicht der Schluss ohne weiteres auf eine andere Beurteilung der Erklärung unter Abwesenden zu ziehen. Zugehen bedeutet: Dem Erklärungsempfänger die Möglichkeit verschaffen, unter normalen Verhältnissen von der Erklärung Kenntnis zu nehmen.

Es ist zuzugeben, dass bei der Willensäusserung von Person zu Person der Erklärende sich in der äusserst angenehmen Lage befindet, sich fast immer überzeugen zu können, ob der andere Teil die Erklärung auch entgegengenommen hat.

Aber dieser Vorteil, den die tatsächlichen Verhältnisse mit sich bringen, zwingt noch nicht zur Aufstellung der Mehrforderung, dass bei Willenserklärungen unter Anwesenden wirkliche Kenntnisnahme notwendig sei.[55])

Weiss der Erklärende, dass der abwesende Adressat zur Zeit, wo er die Erklärung entgegennehmen sollte und sonst hätte entgegennehmen können, sich in der Narkose befindet, sieht der anwesende Erklärende, dass der Empfänger schläft, so fehlt es ebenfalls an der Möglichkeit der Kenntnisnahme. Die Wirksamkeit der Willensäusserung kann nicht eintreten, da der Erklärende sich bewusst eines untauglichen Mittels bediente, mithin bloss dem Empfänger die Möglichkeit der Kenntnisnahme entzog.[56]) Man wird daher bezüglich

---

[55]) So Litten, a. a. O. S. 145. Ebenso Enneccerus-Lehmann, a. a. O. S. 191. F. Leonhard, a a. O. S. 33. Rehbein, a. a. O. I S. 122.

[56]) So Staudinger, a. a. O. I S. 383. Vergl. auch Planck, a. a. O. I A. 2 z. § 130. Hält der Empfänger im Augenblick des Zugehens einen Mittagsschlaf und wusste der Erklärende bei der Abgabe der Erklärung nichts davon, so wird die Willensäusserung wirksam, denn eine solche vorübergehende dem Erklärenden unbekannte Bewusstlosigkeit kann das Zugehen nicht hindern. So ist wohl auch Matthias mit seiner Äusserung (a. a O. I S. 187 β) zu verstehen. Nicht dagegen kann ihm aus den oben entwickelten Gründen beigepflichtet werden, wenn diese Ansicht auch für den Fall

einer von Person zu Person abzugebenden Erklärung sagen können, sie ist zugegangen, wenn der Erklärungstatbestand dem zu seiner Kenntnisnahme fähigen Gegner gegenüber unmittelbar verwirklicht ist. Die unmittelbare Wahrnehmung des Anwesenden setzt ausser dessen entsprechender Geschäftsfähigkeit die persönliche Fähigkeit zur Kenntnisnahme voraus. Wirft dagegen der abwesende Empfänger einen ihm überbrachten, die Willensäusserung enthaltenden Brief ins Feuer, verhindert der Anwesende z. B. dadurch, dass er einen Phonographen spielen lässt, das Hören der an ihn gerichteten Worte, so ist die erstere Willenserklärung nicht etwa wirksam, weil dort die Möglichkeit der Kenntnisnahme gegeben ist, die zweite dagegen entbehrt der Wirksamkeit, weil der anwesende Erklärungsempfänger die Willensäusserung durch sein Ohr nicht aufgenommen hat, sondern beide Fälle sind gleich zu beurteilen. Die Erklärung ist mit wirksamem Erfolge abgegeben.[57]) Der Erklärende hat sowohl den abwesenden wie den anwesenden Empfänger in die Lage versetzt, sich ohne weiteres die Kenntnis der Willenserklärung anzueignen. Besonders bei Anwesenheit beider Teile soll dem renitenten Adressaten seine Vereitelung der Wahrnehmung der Erklärung nicht zugute kommen, da

---

gelten soll, dass der Erklärende Kenntnis von dem Zustand der Adressaten hatte. Siehe auch seine weiteren Ausführungen unter IV ebenda.

57) Planck, a. a. O. I S. 235 bemerkt hierzu: Wer sich die Ohren zuhält, um eine ihm gegenüber abgegebene Erklärung nicht zu hören, ist ebenso zu behandeln, wie derjenige, der einen erhaltenen Brief nicht liest.

hier nach Littens Ansicht wegen der Möglichkeit des Erklärenden, sich von der wirklichen Entgegennahme der Erklärung zu überzeugen, seitens des Empfängers dessen wirkliche Kenntnis zu fordern sei.[58])

Mit nichten. Vielmehr wird in solchen Fällen die Fiktion der Kenntnisnahme gerechtfertigt erscheinen. Der anwesende Adressat darf sich hier der Entgegennahme der Willensäusserung nicht entziehen. Er hat besonders in Fällen wie hier, wo sich die Erklärung auf ein bereits begründetes Rechtsverhältnis bezieht, nach Treu und Glauben die Pflicht, zur Empfangnahme bereit zu sein. Daher liegt kein überzeugender Grund vor, die Willenserklärungen unter Anwesenden anders zu behandeln als solche einem Abwesenden gegenüber.

Eine Bestimmung für die empfangsbedürftigen Willenserklärungen vermittelst Fernsprecher zu treffen, hat das B.G.B. abgelehnt. Erörtert ist der Fall im Anschluss an die Vorschrift des § 147, Abs. 1 S. 2. Der Verkehr durch das Telephon kann nicht generell als Verkehr unter Gegenwärtigen charakterisiert werden.

---

[58]) Litten § 34, S 145. Er tröstet den Erklärenden damit, dass ihm ja nun noch der sichere Weg des § 130 (132) bleibe. Ist der Weg denn sicher? Es ist fraglich, ob dieser Weg vorteilhafter ist, denn der Erklärungsempfänger kann auch jetzt noch die Willenserklärung, sei es, dass sie als Brief oder Telegramm kommt, ignorieren. Wo bliebe überhaupt der Wert der mündlichen Erklärung von Person zu Person, wenn es dem Empfänger jederzeit frei stände, die Wirkung der Äusserung aus Laune illusorisch zu machen, und die Lage des Erklärenden aus Chikane zu erschweren? Wie Litten wohl auch F. Leonhard, a. a. O. Abschnitt 16. Vergl. auch die Ausführungen Rehbeins, a. a. O. I S. 122.

Die II. Kommission E. I (P. II Bd. 1 S 78ff.) scheute sich, den in § 147, Abs. 1 zum Ausdruck gebrachten Gedanken allgemein auszusprechen und für anwendbar zu erklären, sondern sprach sich besonders in Rücksicht auf die empfangsbedürftigen Willenserklärungen dahin aus, dass die Frage nicht allgemein zu lösen sei, da sich für die Entscheidung schwerlich eine passende Fassung finden lasse, und es auch zweifelhaft sei, ob eine solche Vorschrift unter allen Umständen zutreffend sei. Man könne es der Wissenschaft und Praxis überlassen, den dem jetzigen § 147 B.G.B. zugrunde liegenden Gedanken in sonstigen Fällen, soweit derselbe zutreffe, gleichfalls zu verwerten. Die herrschende Ansicht hat sich dafür entschieden, der telephonischen empfangsbedürftigen Willenserklärung dieselbe Behandlung, jedenfalls bezüglich des Wirksamwerdens, zu teil werden zu lassen wie der Willensäusserung unter Anwesenden.[58a]) Die strenge Anlehnung an den Buchstaben in § 147, Abs. 1 „von Person zu Person" würde zu der allein von Endemann[59]) vertretenen Anschauung führen, dass die Erklärung nur dann als unter Anwesenden erfolgt zu betrachten sei, wenn der Adressat und der Erklärende persönlich telephonisch mit einander sprechen. Aber der im B.G.B. geltende Grundsatz der direkten Stellvertretung ermöglicht auch den Eintritt einer dritten Person für den Empfänger sowohl wie

---

58a) So Planck, a. a. O. § 130 A. 3. Matthias, a. a. O. I S. 185 B 1. Kuhlenbeck, Komm. A. 6 zu § 130. Staudinger a. a. O. S. 383, 384, A. 4.

59) Endemann, a a. O. A. 26 S. 314.

für den Erklärenden. Erfordernis ist hier nur, dass der dritte rechtsgeschäftlich von dem betreffenden Beteiligten zur Stellvertretung ermächtigt ist. Liegt ein solches nach § 164, Abs. 3 zu beurteilendes Verhältnis auf einer der beiden Seiten vor, so wird man im vorliegenden Fall den Verkehr mittels Fernsprecher mit der herrschenden Ansicht stets als Willenserklärung unter Anwesenden auffassen müssen.[60]) Denn der Stellvertreter steht der „Person" gleich. Fehlt dem vermittelnden Erklärungsempfänger die Ermächtigung, so kann er nach richtiger Ansicht nur als Bote in Betracht kommen, der von dem Erklärenden mit der Bestellung der Erklärung an den Adressaten beauftragt ist. Hier wird der dritte zur Mittelsperson im Sinne eines Stellvertreters in der Erklärung nicht des Willens. Er ist Übermittler, Bote im technischen Sinne. Dann charakterisiert sich die Willenserklärung mittels Fernsprecher als solche unter Abwesenden.[61])

Bedeutsam wird diese Trennung, wenn der Adressat oder ein dritter die Entgegennahme der Erklärung durch Absetzen des Hörrohres zu verhindern sucht. Ist er vom Empfänger ermächtigt zur Vertretung, so nützt ihm der Einwand nichts, dass ihm die Willens-

60) Staudinger, a. a. O. A. 3 z. § 147. Planck, a. a. O. A. 3 z. § 130. Neumann, a. a. O. A. II 1 z. § 147. Kaufmann, a. a. O. S. 186 III.

61) So Matthias, a. a. O. S. 193 A. 1. Neumann, a. a. O. § 147 A. II 1. Vergl. auch die Ausführungen bei Planck, a. a. O. A. 3 und 4 z. § 130 und Endemann, a. a. O. A. 23 und 26 z. § 66.

erklärung nicht zugegangen sei. Er ist zu behandeln wie der wirklich Anwesende, der sich die Ohren zuhält. Ob die Willenäusserung mittels Fernsprecher überhaupt allgemein als vollgültiges und ordnungsmässiges Erklärungsmittel für die Wirksamkeit anzuerkennen ist, kann nicht ohne weiteres bejaht werden. Die Umstände des einzelnen Falles und der Verkehrsgebrauch werden den Massstab für die Beurteilung liefern müssen. Ist dem Empfänger die Möglichkeit zur Kenntnisnahme der Erklärung verschafft, hat er gar tatsächlich Kenntnis genommen, so ist mit diesem Augenblick die Willensäusserung zugegangen und daher wirksam geworden. Bis zu diesem Zeitpunkt ist die Tätigkeit des Erklärenden eine vorbereitende. Solange diese Handlungen noch nicht zum Ziele geführt, d. h. solange die Erklärung noch nicht zugegangen ist, muss dem Erklärenden daher der Weg offen gelassen sein, die angefangenen Massregeln zurückzunehmen und damit ihre Wirkung zu vereiteln.

Das ist bis zum Augenblick des Zugehens jederzeit noch möglich.[62]) Daher bestimmt das B.G.B. in § 130, Abs. 1 S. 2:

„Sie wird nicht wirksam, wenn dem anderen vorher oder gleichzeitig ein Widerruf zugeht.“ Auch der Widerruf ist ein einseitig empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft und daher ist hier ebenfalls die Tatsache und der Zeitpunkt des Zugehens, nicht die

62) Vergl. Neumann, a. a. O. I 1 b und II. Matthias, a. a. O. S. 187. Staudinger, a. a. O. A. 6 z. § 130.

Kenntnisnahme für die Verhinderung des Wirksamwerdens der Haupterklärung entscheidend.

Empfing z. B. jemand einen Brief, der die Wahlerklärung enthielt und liess ihn wegen momentaner geschäftlicher Verhinderung auch nur $^1/_2$ Stunde uneröffnet nach Empfang liegen, so ist eine Depesche mit Widerruf, die während dieser halben Stunde ihm gebracht wurde, nicht mehr wirkungsfähig. Denn mit der Ankunft des Briefes ging dem Empfänger die Wahl zu, wurde er in die Lage versetzt, von ihr Kenntnis zu nehmen. Nur die auch in diesem Augenblicke spätestens ankommende Depesche konnte die Wirksamkeit der brieflichen Wahlerklärung verhindern.[63])

Ist die ursprüngliche Erklärung nicht widerrufen oder kam der Widerruf nicht mehr rechtzeitig, so ist damit die Haupterklärung rechtswirksam geworden. An dem Gewordenen ist nun nicht mehr zu rütteln, es sei denn aus Gründen, die für das Bestehen der Willenserklärungen (§ 116ff.) allgemein in Betracht kommen. Die vollwirksame, nunmehr unwiderrufliche Willenserklärung kann zwar nicht mehr einseitig, wohl aber stets durch Vertrag abgeändert werden. Nur dann jedoch ausnahmsweise wird der Widerruf auch nach dem Zugehen der Haupterklärung berechtigt und wirksam sein müssen, wenn letztere dem Empfänger verfrüht zugegangen ist.[64])

---

63) Vergl. dazu die Ausführungen bei R. Leonhard, a. a. O. I S. 283 IVb.

64) So Kuhlenbeck, Komm. A. 4 z. § 130. Planck, a. a. O. A. 6 z. § 130. Siehe auch Cosack, a. a. O. S. 182.

Aus diesen Betrachtungen des § 130 ff. ergeben sich also die mannigfachsten Folgerungen für die Wahl.

Die Ausübung derselben kann also auf den verschiedensten Wegen erfolgen, das Zugehen können Stellvertreter wie Boten vermitteln. Von Bedeutung, d. h. rechtlicher Wirkung, werden alle diese Formen der Wahlerklärung, seien sie ausdrücklich oder in konkludenten Handlungen geäussert, aber nur dann sein, wenn sie dem Empfänger die Möglichkeit gewähren, sich Kenntnis von der Wahl zu verschaffen.

Die Erfüllung einer der in obligatione befindlichen Leistungen oder des Teiles einer derselben kann daher eine mittelbare Wahlhandlung verkörpern. Die Voraussetzung für die Wirksamkeit eines solchen Aktes als einer Wahlerklärung bildet stets die Kenntnis des wahlberechtigten Teiles von seinem Wahlrecht und der Wille, dasselbe zugleich mit der tatsächlichen Bewirkung eines der Schuldobjekte ausüben zu wollen.[65])

Nimmt dementsprechend der wahlberechtigte Gläubiger vom Schuldner bewusst eine Leistung ganz oder teilweise an, so ist dadurch die Wahl gültig erfolgt. Weist der wahlberechtigte Gläubiger jedoch die Teilleistung zurück, so muss der Schuldner sich diese Ablehnung gefallen lassen, denn nach § 266 B.G.B. sind Teilleistungen des Schuldners unzulässig. Durch diese Handlungsweise kann der Gläubiger allerdings nur zum Ausdruck haben bringen wollen, dass er zwar mit der

---

65) So auch wohl die gesamte Literatur, z. B. Windscheid-Kipp S. 316 a. Schollmeyer, a. a. O. S. 1 z. § 263. Dernburg, S. 98, A. 9 Matthias, S. 334 II. Litten, S. 159 ff.

Unvollständigkeit der Leistung nicht einverstanden sei, im übrigen jedoch diese Leistung, allerdings ordnungsmässig, erwarte.

Ist der Schuldner wahlberechtigt und kennt sein Wahlrecht, so darf er auf Grund der Zurückweisung der Teilleistung durch den Gläubiger statt des abgelehnten $^1/_2$ x nunmehr nicht etwa die volle Leistung y anbieten. Denn mit dem in Kenntnis des Wahlrechtes und zwecks Ausübung des letzteren erfolgten Realangebot von $^1/_2$ x ist das Wahlrecht des Schuldners erloschen.[66]) Die Nichtannahme ist hier nur von Bedeutung für die Erfüllung der Leistung und Tilgung der Schuld. In gleicher Weise endigt das Wahlrecht des Schuldners, wenn die ganze angegebene Leistung vom Gläubiger abgelehnt wurde, weil sie verfrüht erfolgte. Das Wahlrecht ist konsumiert.

Es kann der Ansicht Cromes[67]), dass die Erfüllung seitens des wahlberechtigten Schuldners die Wahlschuld auch dann tilge, wenn sie keine dem Gläubiger gegenüber erfolgende Handlung ist, also den Erfordernissen der Wahlerklärung nicht entspricht, nicht beigepflichtet werden. Gewiss soll das ganze Schuldverhältnis durch Erfüllung eines der Schuldobjekte getilgt

66) Wie hier auch Crome, a. a. O. S. 95, 96 und Litten a. a. O. S. 160. Windscheid-Kipp a. a. O. S. 316a behauptet, dass die Wahlerklärung des wahlberechtigten Schuldners, der eine Teilleistung anbiete, als dadurch bedingt erscheine, dass der Gläubiger die Teilleistung annimmt. Dann sei bei Ablehnung der Teilleistung das Wahlrecht nicht konsumiert. Diese Auffassung ist nicht zu billigen.

67) Crome, a. a. O. S. 96.

werden, aber immer muss auch in irgend einer Art der Wahlwille zum Ausdruck gekommen sein.

Auch in der Klageerhebung des wahlberechtigten Gläubigers kann ein Akt stillschweigender Wahl liegen. Die Klage muss sich dann entweder auf Leistung eines der Schuldobjekte oder auf Feststellung desselben als Erfüllungsobjekt richten. Es ist nicht richtig, dem Gläubiger ganz allgemein in diesem Falle das Recht einzuräumen, die alternative Leistungsklage zu erheben. Die Wahl ist vielmehr Voraussetzung seiner Klage.[68]) Zulässig wird es hie und da sein, dass der Gläubiger nach der Klage auf die eine Leistung die Klage auf die andere erhebt, nämlich einmal dann, wenn der Schuldner verurteilt ist, die Sache x zu leisten, und bei der Zwangsvollstreckung sich zeigt, dass die Leistung dieser Sache zur Zeit der Wahl bereits unmöglich war, ferner auch dann, wenn infolge Vereinbarung der Gläubiger sein Wahlrecht erst durch die Bewirkung einer der in obligatione befindlichen Leistungen verliert.

Mit Recht weist ferner Litten[69]) darauf hin, dass in Anbetracht des doppelten Charakters, den die Klage als Prozessbegründungsakt und Wahlhandlung habe, sich wichtige Folgerungen aus der Rücknahme der Klage ergeben, indem zwar die prozessualen Wirkungen

---

68) Vergl. Crome, a. a. O. S. 94 A. 34. Dernburg, a. a. O. S. 100 A. 19. Der Ansicht Hellwigs, a. a. O. S. 111, dass auch bei Wahlrecht des Gläubigers alternativ geklagt werden könne, ist sogar in den von ihm herangezogenen Fällen nicht beizustimmen.

69) Litten, a. a. O. 161, 162. Ebenso Schollmeyer, a. a. O. § 263 A. 1. Crome, a. a. O. A. 33 S. 94.

fortfallen, die eingetretene Wirkung der Wahlhandlung aber bestehen bleibe.

Auch die Ausführungshandlungen des vom Gläubiger mit der Zwangsvollstreckung beauftragten Gerichtsvollziehers gegenüber dem alternativ verurteilten Schuldner können als Akt der Wahl in Frage kommen, jedoch wird erst der Zugriff des Gerichtsvollziehers gegenüber letzterem hier als konkludente Handlung zu gelten haben. In gleicher Weise wird die Zustellung des Antrags auf Anordnung des Arrestes oder einer einstweiligen Verfügung an den Schuldner die Wahlausübung darstellen.

In dem Augenblicke, wo die Wahlhandlung vollendet, rechtswirksam ist, ist mit der Beseitigung des Pendenszustandes zugleich das Erfüllungsobjekt ermittelt, das Schuldverhältnis tilgungsfähig geworden und die übrigen Schuldobjekte werden nunmehr wieder frei, sie treten aus dem Verbande des Schuldverhältnisses wieder aus.

Aus dem Charakter der Wahlerklärung als einer empfangsbedürftigen Willenserklärung gemäss § 130 folgt, dass die wirksame Ausübung der Wahl dieselbe unabänderlich macht. Damit ist also der Widerruf der Erklärung, eine nachträgliche erneute Vornahme der Wahl, das alte gemeinrechtliche ius variandi ausgeschlossen.[71]) Doch ist § 263, Abs. 1 kein ius cogens, es kann demgemäss das Änderungsrecht der Wahl

71) So die herrschende Ansicht. Vergl. Rehbein, a. a. O. II S. 75. Schollmeyer, a. a. O. A. 4 z. § 263 Kipp-Windscheid, S. 28, 2 a. Crome, S. 92, A. 24.

z. B. bis zu einem bestimmten Zeitpunkte oder bis zur Erfüllung der Leistung sowohl bei Wahlrecht des Gläubigers wie Schuldners vereinbart werden.

c) Die Wahl ist wie alle Willenserklärungen den Vorschriften unterworfen, die beim Vorliegen eines Mangels im Willen zur Anwendung gelangen. Das wird z. B. dann in Frage kommen, wenn der Erklärende die Erklärung nur als eine Art Ankündigung der demnächst erfolgenden Erfüllung voranschickte, sei es nun, dass er glaubte, nur eine einzige Leistung oder sämtliche in obligatione befindlichen kumulativ schuldig zu sein. Oder etwa der die Wahl Ausübende nahm an, nur x und y seien alternativ zu leisten, während in Wirklichkeit auch noch z Schuldobjekt war. Schliesslich ist auch noch der Fall möglich, dass der Leistende den Gegner für wahlberechtigt hielt und glaubte, dieser habe gewählt, während ihm selbst das Wahlrecht zustand. Allen diesen Beispielen liegt das Moment des Irrtums zugrunde. Im ersten Fall war sich der Erklärende überhaupt nicht bewusst, dass eine Wahlschuld vorlag, in den anderen beiden Fällen fehlte es ihm an der genauen Kenntnis des Inhalts des Schuldverhältnisses. Der Erklärende befand sich hier bei Abgabe der Wahl bezw. der Erklärung in irrtümlicher Auffassung über den Inhalt seiner Willensäusserung. Kommt nun dazu, dass der Erklärende bei Kenntnis des Charakters bezw. der einzelnen Bestimmungen des Schuldverhältnisses und unter Berücksichtigung aller Umstände des betreffenden

Falles nach der allgemeinen Verkehrsanschauung eine derartige Willenserklärung nicht abgegeben haben würde, so sind die Voraussetzungen für die Anfechtung einer solchen Wahl nach § 119 B.G.B. gegeben.

Würde der Erklärende dennoch ebenso gewählt haben, so wird man trotz des Willensmangels die Anfechtung ausschliessen müssen, gleichgültig, ob der Erklärende eine solche Willensäusserung bei verständiger Würdigung des Falles abgegeben haben würde oder nicht.[72]) Wird die Erklärung angefochten, so muss zugleich die wirkliche Wahl erfolgen.

Hat der wahlberechtigte Schuldner in Unkenntnis seines Wahlrechts sämtliche Leistungen oder nur eine desselben als die allein geschuldete bewirkt, so kann er alle Schuldobjekte bis auf eines als nicht geschuldete eventuell mit der condictio indebiti zurückfordern;[73]) dann liegt in der Belassung der einen Leistung in der Hand des Empfängers die Wahl. Oder im zweiten Fall wird der Schuldner die hingegebene Leistung unter Realangebot der nunmehr wirklich gewählten gemäss § 812 zurückfordern dürfen. Bis zur Bewirkung dieses Schuldobjektes steht dem Gläubiger ein Zurückbehaltungsrecht an der irrtümlichen ersten Leistung nach § 273 B.G.-B. zu.[74])

Der in Unkenntnis seines Wahlrechts handelnde

---

72) So Planck, a. a. O. I S. 215. Ebenso Staudinger, a. a. O. § 119 III.

73) Zu der Frage des Irrtums vergl. Matthias, S. 334 B. 3. Oertmann a. a. O. A. 5 z. § 263. Litten S. 147 ff.

74) So Rehbein, a. a. O. No. 62 zu § 262 ff. Kipp-Windscheid § 255, 5a. S. 30—31.

wird dem Gegner für die Nachteile die diesem durch die irrtümliche Erklärung oder Leistung erwachsen sind, das negative Vertragsinteresse ersetzen müssen, vorausgesetzt, dass der Empfänger zu der Annahme berechtigt war, der Erklärende kenne sein Wahlrecht und wolle es ausüben (§ 122 B.G.-B.)[75])

Von einigen wird dem Fall eines für den Erklärungsempfänger erkennbaren Willensmangels wegen Irrtum eine besondere und erhöhte Bedeutung beigemessen. Danach soll die irrtümliche Wahlhandlung, wenn der Adressat den Irrtum des Erklärenden erkannt hat, nicht nur der Anfechtung unterliegen, sondern vielmehr Nichtigkeit der Erklärung eintreten.[76])

Nach § 119 soll es von dem Willen des Irrenden abhängen, ob er bei der Erklärung beharren oder sie anfechten will. Die Kenntnis des Empfängers ist ein für den Irrtum unwesentlicher Umstand, der nicht von besonderem Einfluss auf das Anfechtungsrecht des Erklärenden sein kann. Die schwächere Rechtsfolge der Anfechtbarkeit ist am besten geeignet, den Interessen der Parteien zu dienen. Die Fälle der Richtigkeit sind fest normiert

[75]) Vergl. Enneccerus-Lehmann, a. a. O. III z. § 165. Litten, S. 347 A. 1.

[76]) So vor allem Litten, a. a. O. S. 148, 149. Ebenso F. Leonhard, a. a. O. S. 5. R. Leonhard, a. a. O. S. 476, 77. Enneccerus-Lehmann, a. a. O. S. 418 No. III. Dagegen Schollmeyer a. a. O. A. 1 z. § 263. Endemann A. 31. z. § 71. Mit Recht führt Planck, A. 3 z. § 119 aus: Hat der andere Teil nicht nur den Irrtum gekannt, sondern auch verstanden, was der „Erklärende statt des Erklärten wirklich sagen wollte und ist er hiermit einverstanden, so kann unter Umständen eine stillschweigende Vereinbarung auf das, was der Erlärende wirklich gewollt hat, anzunehmen sein."

und es lässt sich auch aus dem Gesetz die schroffere Wirkung im vorliegenden Falle schwerlich folgern.

§ 6.

Nicht unerörtert darf die Frage bleiben, ob die Wahl unter Hinzufügung einer Bedingung ausgeübt werden darf. Aus dem Gesetz selbst oder den Vorbereitungsarbeiten lässt sich nichts über diesen Punkt entnehmen. Bedingungen dürfen ja, besonders bei Verträgen nach dem B.G.B., ganz allgemeinen Rechtsgeschäften hinzugefügt werden. Die vom Gesetz in einer ganzen Reihe von Vorschriften aufgestellten Ausnahmen ergeben sich aus dem Charakter des jeweiligen Rechtsgeschäftes und entspringen teils sittlichen Anschauungen, teils berücksichtigen sie in erster Linie das Interesse dritter Personen an einer unzweifelhaften, sofort wirksamen Erklärung. Diese Fälle sind genau normiert und ihre Sonderbehandlung lässt daher eine analoge Anwendung auf die Wahlschuld nicht zu. Danach erscheint es nicht gerechtfertigt, bedingte Wahlerklärungen schroff abzulehnen.[77]) Ebenso gewagt dürfte es aber andererseits sein, die Hinzufügung einer Bedingung ohne Einschränkung für zulässig zu erklären. Immerhin gibt es gewisse einseitige empfangsbedürftige Rechtsgeschäfte, deren Charakter das Zugehen unter einer Bedingung zu widersprechen scheint.[78]).

77) So Crome, a. a. O. II A. 22 § 153. „Ausgeschlossen" soll dort doch wohl bedeuten, dass die Beifügung der Bedingung den ganzen Wahlakt nichtig macht.

78) Das Gesetz gibt uns keine Auskunft. Bei der Mah-

Die Eigenart dieser Fälle besteht darin, dass die Erklärung ihrer Natur entsprechend genügende Deutlichkeit und Bestimmtheit verlangt und daher das Hinzusetzen einer Bedingung dem Wesen und Zwecke eines solchen Rechtsgeschäftes häufig oder fasst immer zuwiderlaufen würde. Ein ganz ähnliches Gepräge hat auch die Wahlhandlung, die ihrem Inhalte nach darauf hinausläuft, den bis dahin unsicheren Zustand der Alternativobligation bezüglich des Erfüllungsobjektes zu beseitigen. Das Interesse des Gegners erheischt eine klare und bestimmte Wahlausübung. Daher wird man der bedingten Wahl die gleiche Beurteilung widerfahren lassen müssen, wie der ihr von den obigen Beispielen am nächsten stehenden Kündigung.

Im allgemeinen ist die Hinzufügung einer Bedingung zu solchen Rechtsgeschäften als unzulässig verworfen worden. Dieser Auffassung kann nicht beigestimmt werden. Besonders für die Mahnung hat man das Erfordernis der Unbedingtheit aufgestellt.[79]) Doch ist nicht minder bestimmt auch die bedingte Kündigung verworfen worden.[80])

Von entscheidender Bedeutung für die Beurteilung, ob eine Erklärung, besonders also die Wahl, durch Hinzufügung einer Bedingung die Natur der erforderlichen Erklärung und die Fähigkeit verliert, gewisse

---

nung haben die Motive (II S. 58) ausgesprochen, dass das Gesetz der Rechtswissenschaft nicht vorgreifen wolle.

79) So Cosack, a. a. O. S. 393. Fischer-Henle, A. 2 z. § 284, Planck, A. 4g z. § 284. Kaufmann A. II z. § 284. Rehbein, S. 119, No. 108. Kipp-Windscheid S. 129 No. 3.

80) So von Rehbein I S. 228 Planck, I Vorbem. z. § 158

Folgen hervorzurufen, wird immer die Frage sein, inwieweit der Inhalt der Bedingung sich noch mit dem Zwecke der Erklärung vereinigen lässt. Vor allem wird man die sog. Potestativbedingungen gelten lassen müssen, Bedingungen, bei denen der Eintritt des Ereignisses und damit auch der rechtsgeschäftlichen Wirkung vom Willen des Berechtigten, also des Wahlempfängers abhängt, da hier letzterer selbst in der Lage ist, die Bedingung jederzeit zu erfüllen und deshalb von einer Unklarheit und Unbestimmtheit nicht die Rede sein kann.[81]) Ebensowenig wird man derjenigen Bedingung die Berechtigung versagen können, die innerhalb der Wahlfrist, spätestens aber am letzten Termine eintritt und bis dahin dem Empfänger zur Kenntnis gebracht wird.[82]) Die Wahl ist hier innerhalb der vorgeschriebenen Zeit endgültig und in einer klaren und unzweideutigen Weise dem Empfänger zugegangen und aus der Bedingung eine Unsicherheit der Erklärung und demgemäss der Konzentration nicht entstanden. In manchen Fällen wird man, wie Litten[83])

No. 1. Kuhlenbeck, Comm. A. 2 z. § 564. Siehe auch die bei Staudinger I S. 446 unter No. 5 Zitierten.

81) Schollmeyer in Bezug auf die Mahnung a. a. O. A. 2 z. § 284 a. E.: „Soviel ich sehe, ist kein Grund vorhanden, eine auf das Verhalten des Schuldners abgestellte Bedingung für unzulässig zu erklären.“ Ähnlich auch R. Leonhard, a. a. O. A. 5 z. § 88 in seinem dortigen Beispiel. Wie hier auch Thiele im Archiv f. d. civ. Praxis Bd. 89 S. 148. Ebenso Litten S. 156 a. Anderer Ansicht F. Leonhard a. a. O. S. 62.

82) So für die Kündigung Enneccerus-Lehmann a. a. O. S. 254 II. Oertmann A. 2b z. § 564. Endemann, a. a. O. § 76 A. 12. Dagegen Planck, a. a. O. Vorbem. z. § 158 No. 1.

83) Litten, a. a. O. S. 155 No. 2.

mit Recht hervorgehoben hat, dem Erklärenden die Verpflichtung auferlegen müssen, den Empfänger von dem Eintritt der Bedingung in Kenntnis zu setzen, denn die Gewissheit über den Eintritt bezw. Nichteintritt der Bedingung ist hier eine notwendige Ergänzung für die formell gültige Wahlerklärung.

Ist jedoch die Bedingung am Fälligkeitstage der Wahl noch nicht eingetreten oder dem Empfänger mitgeteilt, so wird die ganze Wahlerklärung für nichtig erachtet werden müssen, denn im Interesse und zum Schutze des anderen Teiles verträgt die Wahl weder Aufschub noch eine derartige Ungewissheit.[84]) Nicht bestritten wird die Bedingung für den Fall werden können,[85]) dass der Erklärungsempfänger in die bedingte Erklärung einwilligt. Dann liegt jedoch nicht die einseitige Wahlausübung vor, sondern mit der Annahme einer solchen Wahl ist ein gültiger Vertrag zustande gekommen, demgemäss die Wahl mit dem Eintritt der Bedingung als erfolgt anzusehen ist. Die Nichtzurückweisung der bedingten Wahlerklärung stellt nicht ohne weiteres stets eine stillschweigende Einwilligung und Annahme der Wahl dar, vielmehr werden auch

---

84) Anderer Ansicht Oertmann A. 2b zu § 564 für die Kündigung: „Die Kündigung war nicht an sich ungültig, aber verspätet.“ „Holt in diesem Falle der Wahlberechtigte nicht unverzüglich die Wahl nach, so werden für ihn die Wirkungen des Verzuges eintreten. Einer nachträglichen Annahme der Mitteilung durch den Empfänger steht natürlich nichts entgegen.“

85) So Enneccerus-Lehmann, a. a. O. A. 2 S. 255. Planck, a. a. O. Vorbem. No. 1 zu § 158. Kaufmann a. a. O. I S. 156 II c. Staudinger I S. 446 und Hellmann, a. a. O. S. 158 geben zwar auch in diesem Falle die Beifügung einer Bedingung zu

hier die Umstände des einzelnen Falles massgebend sein.[86]) Zutreffend äussert sich Litten[87]) zu der Frage der Zulassung bedingter Wahlerklärungen:

„Die Lage des Gegners darf nicht schlechter werden, als sie es nach dem „Inhalt des alternativen Schuldverhältnisses ist.“ Das trifft auch für die vorhergehenden Fälle der bedingten Wahl zu. Bei der potestativen Bedingung hat bis zu einem gewissen Grade sogar der Empfänger die Entscheidung in seiner Hand. Im zweiten Falle steht es ja auch ohne die Beifügung einer Bedingung bis zum Ablauf der Wahlfrist dem Erklärenden frei, zu bestimmen, wie es ihm beliebt, wenn nur zu der Zeit, zu der spätestens die Wahl erfolgt sein muss, eine klare und bedingungsfreie Erklärung vorliegt. Der dritte Fall bietet insofern für den Gegner keine Benachteiligung, als er es jederzeit in der Hand hat, die Vereinbarung abzulehnen und dadurch den Erklärenden zu der bedingungslosen Wahl zu drängen.

Nach Ablauf der Wahlfrist wird man dem Er-

---

einseitig empfangsbedürftigen Willenserklärungen zu, gehen aber nicht auf das Vertragsverhältnis ein. Der von F. Leonhard verworfenen Auffassung eines Vertrages tritt mit Recht Litten, S. 154 A. 3 entgegen. Vergl. im übrigen die bei Litten S. 157 A. 7 angegebene Literatur. Siehe auch die abweichenden Konstruktionen von Goldmann-Lilienthal S. 342 A. 8 Bd. 1 u. Endemann, a. a. O. A. 12 zu § 76.

86) Die gleiche Ansicht vertreten Planck, Vorbem. zu § 158 No. 1. Enneccerus-Lehmann S. 255 A. 2. F. Leonhard S. 63. Die Nichtzurückweisung deutet als stillschweigende Einwilligung allein Staudinger, I S. 44.

87) Litten, a. a. O. S. 154.

klärenden zweifellos die bedingte Wahlerklärung absprechen müssen.

Ist die Wahlerklärung gemäss § 263, ohne vom Empfänger als verfrüht oder mit einer unzulässigen Bedingung behaftet zurückgewiesen zu sein und frei von Willensmängeln ausgeübt, so ist nunmehr die Unbestimmtheit des Leistungsinhaltes beseitigt, die Wahlschuld ist ein einfaches Schuldverhältnis und tilgungsfähig geworden. Mit der gültigen Wahl ist die hiervon betroffene Leistung zum alleinigen und definitiven Erfüllungsobjekt erhoben. Damit ist zugleich die Mission der übrigen als Schuldobjekte bei der Begründung der Wahlschuld eingeführten Leistungen erfüllt. Die letzteren, die zusammen mit der gewählten Leistung ursprünglich den gesamten Inhalt des Schuldverhältnisses bildeten, sind nun überflüssig geworden, nachdem die Entscheidung sie nicht getroffen hat.

Um sich der nichtgewählten Schuldobjekte, deren die alternative Obligation bei ihrer Entstehung bedürfte, nach der Wahl wieder zu entledigen, griff das Gesetz in Anbetracht der resolutiven Pendenz zu der Fiktion, das vom Augenblick der vollendeten und gültigen Wahl es so gehalten werden solle, als seien die nicht gewählten Leistungen überhaupt gar nicht Schuldobjekte gewesen. Das Schuldverhältnis soll nach der Entscheidung so angesehen werden, als sei die gewählte Leistung von der Begründung der Wahlschuld an allein geschuldet gewesen.

Damit ist zugleich die rückwirkende Kraft der Wahl ausgesprochen. Der Schuldner wird frei von den

übrigen Schuldobjekten, als ob er sie nie geschuldet hätte und seine Haftung auf die gewählte Leistung allein beschränkt.[88])

„Haftete der Schuldner also gemäss der Natur des eingegangenen Schuldverhältnisses für Fahrlässigkeit, so ist nunmehr jede durch seine Schuld herbeigeführte Verschlechterung oder auch der Untergang der nicht gewählten Leistungen hinsichtlich seiner Haftpflicht bedeutungslos.“[89])

Die Rückziehung der Wahl ist in § 263, Abs. 2 besonders ausgesprochen und gilt also nur für die Konzentrierung des Schuldverhältnisses durch Wahlerklärung, während der § 265 eine solche Bestimmung nicht hat, und daher für die Fälle der Unmöglichkeit und die dadurch hervorgerufene Vereinfachung die Rückwirkung nicht gilt.[90])

§ 7.

Bisher war nur an die Fälle gedacht, in denen einer der Parteien die Wahl zustand. Es kann aber auch der

88) Der gleichen Ansicht Planck, A. 4 zu § 263. Oertmann A. 4 z. § 263. Schollmeyer A. 4 z. 263. Kuhlenbeck, Comm. A. 2 z. 263. Goldmann-Lilienthal, § 78 A. 4. Gegen die Rückdatierung und die Unannehmbarkeit des § 263, Abs. 2 besonders F. Leonhard, a. a. O. S. 63—67. Ebenso auch Endemann S. 668, A. 7.

89) So Schollmeyer § 263, A. 4.

90) Die hier mit berührte Streitfrage wird praktisch, wenn z. B. eine Leistung durch Schuld des wahlberechtigten Schuldners unterging und dann auch die andere gewählte Leistung durch Zufall unmöglich wurde. Vergl. hierüber Schollmeyer, § 265 A. I 3. Kleineidam, a. a. O. S. 102, 103. Cosack, S. 130, Bd. 1. Kisch, a. a. O. S. 227—37. Eine eigenartige Auffassung vertritt noch Titze S. 195 ff. besonders S. 199 Text und A. 4.

Wunsch der Vertragschliessenden sein, einem Dritten die Entscheidung zu übertragen. Der Beweggrund dazu kann verschiedenster Art sein, z. B. die Parteien können sich nicht darüber einigen, wer von ihnen wahlberechtigt sein soll oder aber sie sind der Überzeugung, dass ein bestimmter dritter am besten geeignet erscheint, eine den beiderseitigen Interessen entsprechende Bestimmung zu treffen.

In § 212 E. I war der Entscheidung durch einen dritten noch besonders Erwähnung getan und das Schuldverhältnis in diesem Falle als ein durch die Wahl bedingtes aufgefasst. Die II. Kommission hat den § 212 E. I in Anbetracht der Vorschriften der §§ 317—319 B.G.B. als entbehrlich gestrichen.

Damit ist zum Ausdruck gebracht, dass diese Normen zur Anwendung kommen sollen, wenn die Wahl einem Dritten eingeräumt wird.[91])

Voraussetzung für das Wahlrecht eines Dritten ist die vertragsmässige Übertragung durch beide Parteien. Eine Vereinbarung, die nur zwischen dem Dritten und dem Gläubiger oder Schuldner allein erfolgt, hat nur Wirkung für die beiden Vertragschliessenden. Das

91) So auch Oertmann, A. 2. z. § 262. Matthias, S. 333. A. Endemann, a. a. O. S. 668, A. 9. Planck, § 262, A. 4. Völlig isoliert steht Schollmeyer mit seiner etwas eigentümlichen Ansicht da: Danach soll bei einer Alternativobligation mit Wahlrecht des Dritten dieser nach Belieben wählen. Im allgemeinen wird grade das Gegenteil anzunehmen sein, der Dritte hat nach billigem Ermessen zu entscheiden, Schollmeyers Ansicht entspricht gewiss nicht den Absichten der II. Kommission. Vergl. auch die etwas unverständliche Widerlegung Littens S. 86, A. 6.

Wahlrecht bleibt in solchen Fällen dem wahlberechtigten Schuldner bezw. Gläubiger. Dem Dritten ist hier nur „die stellvertretungsweise Ausübung" überlassen.[92])

Die Person des Dritten ist ein essentiale des Schuldverhältnisses geworden, denn er soll nach Übereinkunft der Parteien das Mittel sein, die Unbestimmtheit des Leistunginhaltes zu beseitigen. Daher ist die Einigung der Parteien über seine Person ein wesentlicher Teil für das Zustandekommen der Wahlschuld. Zwar braucht der Dritte nicht mit Namen genannt zu sein, aber es muss Mittel und Wege geben, seine Person zu ermitteln: es genügt also Bestimmbarkeit des Dritten.

Ist diesem Erfordernis nicht genügt, so ist gemäss § 154 kein wirksames Schuldverhältnis begründet.[93])

Den Parteien steht es nach § 317, Abs. 1 und § 319, Abs. 2 frei, dem Dritten die Wahl nach billigem Ermessen oder freiem Belieben zu übertragen. Ist ihm nicht ausdrücklich oder stillschweigend die Entscheidung nach seinem freien Belieben eingeräumt, so hat er gemäss der Auslegungsregel[94]) des § 317, Abs. 1 nach billigem Ermessen zu wählen. Die Bestimmung hat auch hier wie im Falle der Parteiwahl durch die einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung des Dritten zu erfolgen (§ 318), jedoch mit der besonderen Eigenart, dass die Wahl nicht an beide zu richten ist, viel-

92) Siehe Schollmeyer, S. 62.

93) Planck, A. 1 z. § 317. Oertmann, § 317, A. 1. Crome, a. a. O. II S. 40, A. 5. Endemann, S. 664 A. 13.

94) So auch Stammler, S. 158 und Planck, A. 1 zu § 317.

mehr für eine gültige Entscheidung das Zugehen der Erklärung an eine der beiden Parteien ausreichend sein soll. Im Interesse der Parteien dürfte es allerdings liegen, die Ausübung beiden gegenüber zu vereinbaren, und eine derartige Abrede stände auch dem § 318, Abs. 1 nicht entgegen. Es kommen also dieselben Gesichtspunkte hier bezüglich der Wirksamkeit der Erklärung wie bei der Parteiwahl in Betracht.

Ist die Entscheidung des Dritten einer der Parteien zugegangen, so ist die Wahl damit bindend, d. h. unwiderruflich geworden. Daher kann der Dritte die einer Partei gegenüber ausgeübte Wahl nicht nachträglich durch eine abgeänderte Entscheidung an beide Parteien korrigieren. Durch einen Vertreter darf der Dritte die Wahl nicht vornehmen lassen. Die Entscheidung ist an seine Person gebunden, denn sie würde ihm auf Grund besonderen Vertrauens[95]) eingeräumt, doch wird der Vereinbarung der Vertretung in der Wahl nichts entgegen stehen.

Die Bestimmung des Dritten für Gehilfendienst, für einen Akt tatsächlicher Natur erklären, heisst der Stellung des Dritten doch eine gar zu untergeordnete Bedeutung beimessen.[96]) Zwar muss zugegeben werden,

[95]) So Planck, a. a. O. A. 2 zu § 318. Matthias, a. a. O. S. 328 d. Crome S. 41. Motive II S. 194.

[96]) Vergl. Crome S. 41. Dernburg spricht von einem arbitrator, der eine billige Ergänzung des Vertrages in die Seele der Beteiligten hinein vorzunehmen hat. Schollmeyer S. 182 No. 3 nennt ihn einen Vertrauensmann beider Parteien, der ein Gutachten abgeben soll. Das dürfte seiner Stellung am meisten gerecht werden. Nicht richtig ist die Ansicht Endemanns S. 665, A. 12, dass der Dritte an Stelle der Parteien

dass der Dritte insofern ausserhalb der Wahlschuld steht, als er nicht selbst am Geschäft beteiligt ist, aber ihm ist doch ein bedeutsamer Einfluss auf das Schuldverhältnis dadurch eingeräumt, dass die Parteien sich zu einer wichtigen und notwendigen Ergänzung des Geschäftes der Entscheidung grade seiner Person unterworfen haben. Die Entscheidung des Dritten greift bestimmend und verändernd in die Rechtsverhältnisse der Parteien ein und die Wahlausübung des Dritten ist daher ein Rechtsgeschäft, nicht nur ein tatsächliches Handeln.[97]) Gegen diese Anschauung spricht auch nicht die Tatsache, dass das Gesetz statt dem Dritten den beteiligten Parteien nach § 318, Abs. 2 das Anfechtungsrecht gegen eine irrtümlich abgegebene erzwungene oder erschlichene Entscheidung gegeben hat.

Der Dritte hat hier kein materielles, sondern höchstens ein ideales Interesse an der Anfechtung, da nicht seine eigenen Rechtsverhältnisse, sondern die der Wahlschuldbeteiligten durch die Bestimmung beeinflusst werden. Die Anfechtung der Wahl des Dritten wegen Irrtums, Drohung, Betrug steht sowohl dem Schuldner wie dem Gläubiger zu. Im einzelnen Falle ist anfechtungsberechtigt diejenige Partei, deren Recht durch die anzufechtende Erklärung berührt, d. h. verletzt wird.

---

den Leistungsgegenstand bestimme und demgemäss eine Art Vertretung des sich verpflichtenden Schuldners vorliege.

97) Für die Annahme eines Rechtsgeschäftes Planck, A. 2 zu § 318. Ebenso Cosack, S. 315. Staudinger, A. 1 zu § 318. Dagegen besonders Crome. S. 41. Dernburg S. 192. Goldmann-Lilienthal, S. 369 A. 15.

In Betracht kommt hier aber nur eine Arglist oder Drohung, die entweder von einer der Parteien oder einer anderen Person gegen den wahlberechtigten dritten verübt worden ist. Dagegen ist der eigene dolus des dritten nicht im Sinne des § 318 anfechtbar, sondern muss als eine unbillige Bestimmung angesehen werden, deren Bestand bezw. Korrektur davon abhängt, ob die Voraussetzungen des § 319, Abs. 1 vorliegen, die aber bei der Entscheidung nach freiem Belieben sogar gültig ist und nur einen Anspruch auf Schadenersatz nach den allgemeinen Bestimmungen zulässt. Die Anfechtung hat unverzüglich nach Kenntnis des Grundes zu geschehen, und ihre erfolgreiche Durchführung macht die Wahl nichtig gemäss § 142. Der Zweck, eine auf solchen Willensmängeln beruhende Erklärung rückgängig zu machen und in ihren Wirkungen zu beseitigen, ist für den Anfechtenden nur der, nunmehr den wahren und von Einflüssen freien Willen des dritten zu ermitteln. War er vertragsmässig zur Wahl verpflichtet, so muss er von neuem wählen, andernfalls kann der dritte dies tun.

Eine Verzögerung der Wahl wird durch die Anfechtung der fehlerhaften ersten Entscheidung immer eintreten. Das ist aber das geringere Übel, denn den Parteien wird meistens daran liegen, dass der wahre Wille des dritten zum Vorschein kommt. Der auf diese Weise eintretende Zeitverlust ist jedoch nicht als eine Verzögerung im Sinne des § 319 aufzufassen, der das Eingreifen des Richters rechtfertigt, wie Dernburg und Crome[98]) annehmen. Verzögerung der Bestimmung

[98]) Dernburg, II § 87, No. III. Crome II, S. 41 A. 8.

heisst ein Ausbleiben über die festgesetzte oder normale Zeit, also Verharren in der Untätigkeit. Davon kann in den Anfechtungsfällen niemals die Rede sein. Hier hat der dritte gewählt, aber seine Entscheidung litt an einem inneren Mangel, dessen Beseitigung das Interesse beider Parteien der Wahlschuld verlangt. Sie gilt wie alle wegen Willensmangel angefochtenen Willenserklärungen als nichtig. d. h. als ob sie noch gar nicht abgegeben worden wäre. Von dieser allgemeinen Wirkung des § 142 kann hier keine Ausnahme gemacht werden. Die Wahl wird demgemäss nunmehr erst erfolgen können, bezw. müssen.[99])

In zwiefacher Weise ist, wie schon angedeutet, eine Entscheidung des dritten möglich. Geht aus den Parteivereinbarungen nicht hervor, dass die Bestimmung dem freien Belieben des dritten überlassen ist, so soll nach der Auslegung des § 317 immer nach billigem Ermessen entschieden werden.

Haben die Parteien dem dritten die Wahl nach billigem Ermessen eingeräumt, so hegen sie damit das Vertrauen, dass die Entscheidung frei von Parteinahme, vielmehr unter gleichmässiger Berücksichtigung der Interessen des Schuldners wie Gläubigers erfolgen werde. Es besteht hier die Vermutung, dass der dritte billiges Ermessen bei seiner Wahl habe walten lassen, und erst die Behauptung und der Nachweis einer der Parteien, dass die Wahl offenbar unbillig war, kann diese Vermutung entkräften. Das Gesetz sagt nicht,

99) So Planck, S. 89, No. 3b. Schollmeyer, S. 181, 2a. Kuhlenbeck, A. 3 zu § 318. Neumann, A. 3 zu § 318.

was unter „offenbar" zu verstehen ist. Offenbar unbillig wird die Entscheidung sein, die in so erheblicher Weise von der Billigkeit abweicht, dass die Unbilligkeit von jedem verständigen Manne, mindestens aber von jedem Sachkundigen zweifellos als solche erkannt wird.[100])

„Offenbar" heisst nicht: „auf den ersten Blick", ohne jede Beweisführung, sondern der Anfechtende wird die Umstände des vorliegenden Falles darlegen, der Richter aber unter Berücksichtigung dieses Materials und der Verkehrssitte entscheiden, ob offenbare Unbilligkeit vorliegt und im Zweifel stets die Aufrechterhaltung der Wahl aussprechen müssen.

Die Bestimmung haftet hier nicht so sehr an der Person des dritten, dass er bei offenbarer Unbilligkeit die Wahl wiederholen muss oder gar, dass nunmehr die ganze Wahlschuld hinfällig ist, sondern hier ist das Schuldverhältnis in erster Linie auf die Erlangung einer objektiven Wahl gestellt, und beim Versagen des dritten soll den Parteien eine andere Quelle für eine billige Entscheidung eröffnet werden. Daher soll sowohl Schuldner wie Gläubiger die Hilfe des Gerichts zur Ermittelung des objektiven Massstabes in Anspruch nehmen können. Jede der Parteien ist also zur Klage berechtigt, vorausgesetzt, dass sie den Beweis für die offenbar unbillige Wahl antreten, Gläubiger auf die nach richterlichem Ermessen in billiger Weise zutreffende Wahl des Erfüllungsobjektes, Schuldner auf Feststellung

100) Vergl. über die Bedeutung des Wortes „offenbar" Planck, A. 1 zu § 319. Oertmann, A. 2 zu § 319. Goldmann-Lilienthal, S. 370 No. 2. Kipp-Windscheid II, S. 21.

des Umfanges seiner Leistungspflicht, ohne dass dabei die allgemeinen Voraussetzungen der Feststellungsklage nach § 256 C.P.O. erforderlich sind.[101]) Die im richterlichen Urteil enthaltene Wahl bedeutet nicht eine Feststellung, sondern eine konstitutive richterliche Willenserklärung.[102]) In gleicher Weise kann dem Richter die Wahl zufallen, wenn der dritte die Bestimmung nicht treffen kann, will oder sie verzögert. Die Frage des Nichtkönnens wird immer nach den Umständen des jeweiligen Falles zu beurteilen sein.

Der charakteristischste Fall des Nichtkönnens ist der Tod des dritten. Da eine Stellvertretung in der Entscheidung ganz ausgeschlossen ist, so ist mit dem Tode des dritten seine Person ganz fortgefallen. Das Gericht tritt daher eventuell an seine Stelle. Die Forderung dauernden Nichtkönnens wird man nicht aufstellen dürfen. Aus der Gleichstellung von Nichtkönnen und Verzögerung ergibt sich als Anhaltspunkt, dass eine beachtliche Verhinderung zu wählen wohl immer erst dann anzunehmen ist, wenn ihre Dauer den Umfang der Verzögerung erreicht. Wie also einerseits ein dauerndes Nichtkönnen nicht notwendig ist, so kommt andererseits das vorübergehende nur dann in Betracht, wenn die Hinderung durch das Überschreiten einer angemessenen oder der vereinbarten Frist sich als Verzögerung darstellt. Das ist also Mindestmass.[103])

[101]) Über die verschiedenen Arten der Klage vergl. Schollmeyer, a. a. O. S. 184.

[102]) So Kipp-Windscheid, S. 19. Oertmann, A. 4 zu § 315. Crome, II S. 42, Text und Anm. 17.

[103]) In ganz ähnlichem Sinne Planck, A. 2a zu § 319.

Von einer Verzögerung der Wahl kann man nur sprechen, wenn der dritte dieselbe nicht innerhalb der ihm zur Ausübung bestimmten Frist oder mangels einer solchen innerhalb der Zeit erklärt, die ihm nach den Umständen des Falles billiger Weise gelassen werden muss.

Für die Weigerung der Bestimmung wird es entsprechend der Vornahme genügen, wenn sie einer der Parteien erklärt ist.

In allen diesen Fällen können und müssen die Parteien die richterliche Wahl entscheidend sein lassen, wenn sie beim Versagen des dritten dennoch die Wahlschuld verwirklichen wollen. Bei einer Entscheidung nach dem billigen Ermessen des dritten liegt also ein unbedingtes Schuldverhältnis vor.

Doch wird auch hier den Parteien das Recht zugestanden werden müssen, statt der richterlichen Entscheidung einen anderen Weg der Wahl zu vereinbaren z. B. Übergang der Wahl auf eine der Parteien oder die Bestimmung ganz fortfallen zu lassen. Letzterenfalls ist die Wahlschuld bedingt.

Solange die Vermutung dafür spricht, soll der dritte stets nach billigem Ermessen entscheiden. Erst eine ausdrückliche oder aus den Umständen zu schliessende Abrede gibt dem dritten das Recht, nach freiem Belieben zu wählen.

Eine Gefahr, dass die Parteien sich dadurch der völligen Willkür des dritten preisgeben, ist hier um so weniger zu befürchten, als die Wahlschuld in den

Anderer Ansicht Schollmeyer S. 184, 185. Kipp-Windscheid S. 21.

meisten Fällen den Rahmen der Wahlobjekte genau angibt. Ist aber die Relativität der Unbestimmtheit eine derartige, dass eine Abgrenzung der in obligatione befindlichen Leistungen nicht möglich ist, so liegt eine Alternativobligation gar nicht vor.

Der Kreis, die Zahl der Schuldobjekte braucht zwar nicht genau festgelegt zu sein, es muss aber jedenfalls eine bestimmbare Grenze vorhanden sein. Danach würde die Auslieferung der Parteien an die schrankenlose Willkür des dritten bezüglich der Wahl nicht nur dem Wesen der Wahlschuld völlig widersprechen, sondern auch gegen die guten Sitten verstossen. Ein solcher Vertrag wäre nichtig.[104])

Im übrigen aber wird man innerhalb der Grenzen der Unbestimmtheit die Billigkeit des dritten bei seiner Entscheidung nicht fordern dürfen, seine Wahl kann also parteiisch sein.[105]) Auch hier war für die Parteien gewiss der Gedanke leitend, dass der dritte sachgemäss entscheiden werde. Seine Persönlichkeit steht hier sogar derart im Vordergrunde, dass die Parteien auf eine Nachprüfung oder Ergänzung seiner Bestimmung verzichtet haben. Will oder kann der dritte die Wahl nicht ausüben oder verzögert er dieselbe, so ist damit das ganze Schuldverhältnis unwirksam, nach § 319, Abs. 2 kann in diesem Falle die richterliche Entscheidung nicht angerufen werden.

---

[104]) Vergl. Kipp-Windscheid, S. 22. Stammler, S. 158. Staudinger, A. 2 zu § 319.

[105]) So auch Endemann, a. a. O. S. 664. A. 14. Goldmann-Lilienthal § 95. Crome II, S. 41, A. 12.

Mit Recht führt Endemann (S. 664, A. 14) aus: „Wer einen dritten als arbiter herbeizieht, wird stets auf einen sachlichen und gerechten Bescheid rechnen, worauf soll sich dann das Vertrauen auf ihn stützen?“

Damit ist im vorliegenden Fall, der für die Wahlschuld wohl kaum praktisch wird, im Gegensatz zur Bestimmung nach billigem Ermessen zum Ausdruck gebracht, dass eine solche Wahlschuld unter der aufschiebenden Bedingung steht, der dritte werde die Wahl innerhalb der ihm gesetzten oder angemessenen Frist ausüben.[106])

Bleibt also die Entscheidung aus oder wird sie verzögert, so fällt die Wahlschuld dadurch in sich zusammen. Andrerseits werden die Parteien selbst eine unbillige Wahl anerkennen müssen, da ein korrigierendes richterliches Urteil hier ausgeschlossen ist. Doch wird man der Partei, die der dritte durch seine Bestimmung bloss benachteiligte, einen Schadensersatzanspruch gemäss § 276, bezw. § 823, besonders § 826 zubilligen müssen.[107]) Nicht aber kann man mit Rehbein[108]) den Missbrauch des freien Beliebens durch den

---

106) So Crome S. 42. Oertmann, A. 3 zu § 317. Matthias S. 329. Planck, a. a. O. A. 3 zu § 319. Litten S. 85, 86. Siehe auch die abweichenden Ansichten von Schollmeyer, A. 2 zu § 319 und Endemann, A. 14. S. 664.

107) So auch Oertmann, a. a. O. A. 5 zu § 319. Endemann A. 14. S. 664. Crome, A. 12 S. 41.

108) Rehbein S. 1 Bd. II. Eine eigenartige Auffassung vertritt Cosack, S. 315 No. 5; danach soll eine arglistige Entscheidung des dritten wie eine offenbar unbillige Bestimmung im Sinne des § 319, Abs. 1 anfechtbar sein und wie diese be-

dritten als einen Akt des Nichtwollens behandeln. Das Gesetz bietet keinen Anhaltspunkt dafür, dass eine Entscheidung, die gegen § 242 verstösst, dem Nichtwollen gleichzuachten sei und hier also die Wahlschuld unwirksam mache. Die Bestimmung ist, so auffällig und nachteilig das für eine Partei sein mag, aufrecht zu erhalten und berechtigt nur zur Interesseforderung nach § 823, bezw. 276, wenn der dritte sich einer oder beiden Parteien gegenüber zur Wahl verpflichtet hatte. Die Parteien werden andererseits nicht gehindert, einen anderen Weg der Entscheidung in solchem Falle zu vereinbaren. Die Wahl kann schliesslich noch einer Mehrheit von dritten Personen eingeräumt werden, dann muss im Zweifel Einstimmigkeit der Entscheidung aller Beteiligten gemäss § 318, Abs. 2 vorliegen. Wird diese nicht erreicht, so steht damit fest, dass die mehreren dritten die Wahl nicht treffen können. Dann treten die entsprechenden Folgen des § 319 ein, je nachdem es sich um billiges Ermessen oder freies Belieben handelt. Die Parteien können sich jedoch dahin einigen, dass die Majorität entscheiden soll.

Die Übertragung des Wahlrechts an einen Dritten gibt diesem das Recht zur Ausübung, eine Verpflichtung entsteht dadurch nicht. Hat sich der Dritte dagegen den Parteien zur Wahl verpflichtet, so kann gegen ihn

handelt werden. Folglich muss der Richter bestimmungsberechtigt sein. Das ist aber bei der Entscheidung nach freiem Belieben doch ausgeschlossen. Eine unbillige Entscheidung ist in solchem Falle vielmehr gültig und berechtigt zum Schadensersatz. Wie hier auch Oertmann A. 5 zu § 319.

gemäss § 888 C.P.O. auf Vornahme der Wahl geklagt werden. Bei der Entscheidung nach billigem Ermessen steht den Parteien ohne weiteres der schnellere und sichere Weg der richterlichen Wahl offen, so dass die Massnahmen des § 888 C.P.O. von zweifelhaftem Werte sind, es sei denn, dass den Parteien an der Entscheidung grade dieses Dritten besonders liegt und sie zuvor einen Druck auf seinen Willen versuchen möchten.[109])

Mehr Zweck hat das Mittel des § 888 C.P.O., wenn dem Dritten die Bestimmung nach freiem Belieben obliegt. Da hier die Anrufung des Gerichtes zur Entscheidung nach § 319, Abs. 2 ausgeschlossen ist, der Dritte aber andererseits die Pflicht der Wahl übernommen hat, so werden die Parteien bezw. diejenige, die ein Recht auf die Entscheidung des Dritten hat, einen Versuch mit den Mitteln des § 888 C.P.O. machen, falls ihnen jede Entscheidung lieber als die Unwirksamkeit ist.[110])

In allen Fällen aber hat die Eingehung der Verpflichtung zur Bestimmung und das aus der Weigerung des Dritten entspringende Klagerecht der Parteien besondere Bedeutung für die Schadensersatzhaftung des Dritten gegenüber beiden bezw. einer der Parteien.

---

109) Vergl. hierzu Schollmeyer A. 2 zu § 319. A. 1b zu § 317 u. A. 4c zu § 315. Ferner Litten S. 86, 87.

110) Haben sich die mehreren Dritten zur Vornahme der Wahl verpflichtet, so ist die Klage gegen die Dritten gemeinsam zu richten und gegen jeden gemäss § 888 Z P.O. vorzugehen. So Schollmeyer A. 3a zu § 317. Litten S 141.

§ 8.

Einer besonderen Betrachtung bedürfen noch die Fälle, in denen eine der Parteien oder beide aus einer Mehrheit von Personen besteht. Das Gesetz hat keine Fürsorge für diese Möglichkeit getroffen, und daher müssen Wissenschaft und Praxis einsetzen, um die Schwierigkeiten zu lösen, die in solchen Fällen der Wortlaut des § 263, Abs. 1 bezüglich der Wahlhandlung bietet. Mehrere wahlberechtigte Schuldner können einem einzelnen Gläubiger gegenüberstehen. Nicht minder zweifelhaft ist die Frage, wenn einer Einzelperson das Wahlrecht zusteht und die Gegenpartei eine Personenmehrheit bildet. Die Vorschrift des § 263, Abs. 1: „Die Wahl erfolgt durch Erklärung gegenüber dem anderen Teil", ergibt nicht den geringsten Anhaltspunkt für die zu erörternde Frage.

Am bequemsten entgeht allen Konflikten diejenige Anschauung, welche Erklärung der Einzelpartei an die sämtlichen Mehreren und gemeinschaftliche Wahl aller Berechtigten gegenüber dem Einzelgegner fordert.[111])

Die Ansicht wird von Leonhard und Rehbein[112]) auf die §§ 356, 502 und 513 gestützt. Dabei verweist ersterer ganz allgemein auf diese Bestimmungen, also

---

111) Das geschieht von Dernburg, II S. 99 No. 9, jedoch ohne Begründung. Den gleichen Standpunkt vertritt Fischer-Henle, allerdings nur bei einer Personenmehrheit auf der wahlberechtigten Schuldnerseite. A. 3 zu § 263. Ebenso Crome S. 93, der sich ganz richtig auf die Unteilbarkeit der Wahlhandlung beruft, im übrigen aber nur eine Mehrheit von Personen auf der wahlberechtigten Seite berücksichtigt.

112) F. Leonhard, a. a. O. S. 4 u. 5. Rehbein, a. a. O. II S. 74 u. 75.

gleichgültig, auf welcher Seite sich die Personenmehrheit befindet, während Rehbein nur den Fall ins Auge fasst, dass der wahlberechtigte Gläubiger mehreren Schuldnern gegenübersteht. Die analoge Verwendung der §§ 502 und 513 erscheint bei Rehbein sogar schon deshalb sehr gewagt, weil beide Vorschriften nur eine Mehrheit von Personen auf der Aktivseite berücksichtigen, jedoch über die Frage, wie das Vorkaufs- bezw. Wiederkaufsrecht gegenüber mehreren Verpflichteten zu behandeln ist, sich nicht äussern und Rehbein nur den Fall erwähnt, wenn der Gläubiger Einzelperson und wahlberechtigt ist, während die Personenmehrheit sich auf der Schuldnerseite befindet. Auch in solchem Falle für § 502 und § 513 eine gemeinsame Ausübung dieser Rechte zu fordern, dazu liegt weder eine begriffliche noch praktische Notwendigkeit vor.[113]) Um so weniger ist daher die Analogie auf § 263 berechtigt. Viel näher liegt die Heranziehung des § 356. Das Gesetz hat das Rücktrittsrecht da, wo die Seite des Berechtigten bezw. Verpflichteten aus einer Mehrheit von Personen besteht, für unteilbar erklärt, indem es die Bestimmung schuf, dass die mehreren Rücktrittsberechtigten nur gemeinsam handeln dürften und andererseits die Ausübung auch bei einer Mehrheit von Gegnern nur gegenüber allen insgesamt erfolgen sollte. Vor allem aber, und das ist von besonderer Tragweite, ist diese Unteilbarkeit für alle Fälle gegeben, mag die geschuldete

113) Vergl. Oertmann, A. 3 zu § 502. Staudinger A. 4 zu § 502.

Leistung teilbar sein, mag ein Fall der Gesamtgläubiger- bezw. Schuldnerschaft vorliegen oder auch durch Erbfall eine Personenmehrheit eingetreten sein. Darin, dass hier auf das zugrunde liegende Schuldverhältnis keine Rücksicht genommen ist und andererseits in der Tatsache, dass diese Bestimmung doch nur für ein einzelnes Rechtsinstitut getroffen ist, zeigt sich der Ausnahmecharakter des § 356 bezüglich der Behandlung der Personenmehrheit, und deshalb dürfte die analoge Anwendung dieser Vorschrift auf den vorliegenden Fall nicht gerechtfertigt sein.

Mit dieser Erörterung ist zugleich der Kern der Frage berührt und auf den doppelten Charakter hingewiesen, den eine solche Wahlschuld mit mehreren wahlberechtigten Gläubigern oder Schuldnern hat. Gleichsam den Untergrund für die Beurteilung bildet das zugrunde liegende Schuldverhältnis, aus dem die schliessliche Leistungspflicht des Schuldners hervorgeht. Darauf ist mit Nachdruck besonders von Schollmeyer, Litten und Anderen[114]) hingewiesen und dementsprechend die Behandlung der Wahlerklärung gefolgert worden.

Beim Vorhandensein einer Mehrheit von Schuldnern oder Gläubigern sind folgende Hauptformen einer Beteiligung mehrerer an einem Schuldverhältnis zu unterscheiden:

1. Berechtigung oder Verpflichtung nach Bruchteilen.

114) Siehe Schollmeyer, a. a. O. S. 63–65. Litten, S. 133 ff. Kaufmann, A. 2 III zu § 263. Leuchtenberger, S. 23 ff.

2. Berechtigung oder Verpflichtung zu gesamter Hand, Gemeinschaftlichkeit, und

3. Gesamtgläubiger und Gesamtschuldverhältnis.

Jede dieser Arten drückt dem betreffenden Rechtsgeschäft, sei es, dass die Personenmehrheit von der Begründung an vorhanden ist oder erst später durch irgend ein Ereignis eintritt, sein besonderes Gepräge auf und bildet auch die Grundlage für die Beurteilung des Wahlschuldverhältnisses und die jeweilige Behandlung der Wahl.

In erster Linie wird daran festzuhalten sein, dass nur ein einziges Schuldverhältnis vorhanden ist, trotzdem wir von der Begründung an zwei Stadien zu unterscheiden haben. Es kann nun sein, dass bei der Entstehung der Wahlschuld bereits eine Mehrheit von Personen auf einer der beiden Seiten vorhanden ist, z. B. durch Begründung eines Gesamtwahlschuldverhältnisses. Ebenso aber kann auch nach der Eingehung der Wahlschuld später durch Erbgang an die Stelle des Einzelschuldners bezw. Gläubigers eine Personenmehrheit treten.

Die Wahlerklärung ist eine unteilbare Handlung, mögen auch die sämtlichen Schuldobjekte teilbar sein.[115]) Nur eine einzige von allen in obligatione befindlichen Leistungen soll bewirkt werden, und diese kann für eine Mehrheit von Schuldnern wie Gläubigern nur einheitlich festgestellt werden. Es darf daher nicht

115) So auch Dernburg, a. a. O. II 1 S. 107. Kuhlenbeck, Comm. Anm. zu § 43. Schollmeyer, a. a. O. Anm. 3 zu § 420. Crome, a. a. O. II S. 93. Müller-Meikel, 5. Lief. Bd. I S. 231.

der eine der Wahlberechtigten sich für x, der andere für y entscheiden, denn erfüllt werden soll an alle bezw. durch alle doch immer nur entweder die Leistung x oder y. Diese Unteilbarkeit der Wahlhandlung mag zu der Anschauung verleitet haben, dass die Erklärung nur von allen Wahlberechtigten gemeinsam geschehen und nur an alle Gegner zusammen erfolgen dürfe.[116]) Aber diese Ansicht, die im Gesetze selbst keine Stütze findet, ignoriert geradezu das zugrunde liegende Schuldverhältnis. Die Unteilbarkeit der Wahlhandlung erfordert aber keineswegs ohne weiteres die Gemeinsamkeit der Ausübung, sie würde ebenso gut gewahrt bleiben, wenn einer oder mehrere der Wahlberechtigten mit präjudizierender Wirkung für alle wählte und der Einzelwähler die Erklärung einem oder mehreren der empfangsberechtigten Gegner mit präjudizierender Wirkung für alle übrigen zugehen liesse. Auch dann ist doch eine einheitliche Feststellung des Erfüllungsobjektes erfolgt

Am meisten wird wohl diejenige Anschauung der Wahlschuld gerecht, die unter Prüfung und möglichster Aufrechterhaltung des Charakters des zugrunde liegenden Schuldverhältnisses unter Berücksichtigung des Wesens der Wahlhandlung verfährt und beides nach

116) Auch Planck, a. a. O. A. 3 zu § 263 verlangt Gemeinschaftlichkeit in der Ausübung der Wahl in jedem Falle. Sein Hinweis auf eine andere Behandlung des Inhalts des Schuldverhältnisses mit den Worten: „soweit sich nicht aus dem Inhalt des Schuldverhältnisses ein anderes ergibt", scheint nur auf eine vertragsmässige Änderung hinzudeuten. Diese ist natürlich immer möglich. So auch Staudinger, a. a. O. Anm. 3 zu § 263.

Möglichkeit in Einklang zu bringen sucht. Daraus ergeben sich folgende Konsequenzen:

a) Sind die sämtlichen in obligatione befindlichen Leistungen teilbar, so gilt für den Fall, dass mehrere Schuldner eine derselben zu bewirken oder mehrere Gläubiger eine derselben zu fordern haben sollen, nach § 420 die Auslegungsregel, dass im Zweifel jeder Schuldner zu einem gleichen Teile verpflichtet, jeder Gläubiger zu einem gleichen Teile berechtigt ist. Nehmen wir den einfachsten Fall an: Zwei Schuldner A. und B. schulden x oder y. Dann kann von einer Entscheidung des A. für $^1/_2$ x und des B. für $^1/_2$ y nicht die Rede sein, da beides zusammen niemals einen einheitlichen Leistungsgegenstand gibt. Möglich wäre allerdings die Wahl beider auf je $^1/_2$ x bezw. $^1/_2$ y und eine solche Entscheidung wäre, da hier die Identität und Einheitlichkeit des Tilgungsobjektes erreicht würde, gültig. Diese Fälle bilden aber durchaus nicht die Regel, und aus ihnen lässt sich daher ein Grundsatz nicht entwickeln, bezw. aufstellen. Hier bleibt vielmehr nur der eine Ausweg, beim Vorliegen des § 420 zu verlangen, dass die mehreren Teilschuldner bezw. Teilgläubiger sich auf einen Gegenstand einigen und gemeinsam ihre Wahl ausüben. Nicht minder wird man fordern müssen, dass der wahlberechtigte Einzelschuldner bezw. Gläubiger die Erklärung allen Gegnern gegenüber bezüglich des von ihm gewählten Schuldobjektes abgibt.[117]) Die Wahl nur

[117]) Ebenso Schollmeyer, a. a. O. A. 3 zu § 420 Leo, S.

einem der mehreren gegenüber müsste sonst präjudizierende Wirkung haben, und das käme auf eine Anwendung der Vorschriften des Gesamtschuldverhältnisses hinaus, die nicht berechtigt ist.[118])

Die mehreren Wahlberechtigten unter einander stehen in einer Rechtsgemeinschaft gemäss § 741 und es kommen daher für sie im Zweifel die Bestimmungen der §§ 744, 745 in Betracht.[119])

b) Ganz andere Erwägungen greifen Platz, wenn es sich um ein Gesamtgläubiger- bezw. Schuldverhältnis handelt. Gesamtschuldnerschaft liegt vor, wenn mehrere Schuldner zu einer einzigen Leistung in der Weise verpflichtet sind, dass zwar jeder von ihnen die ganze Leistung bewirken muss, der Gläubiger sie aber nur einmal fordern darf (§ 421). Unter Gesamtgläubigerschaft versteht man die Berechtigung mehrerer Gläubiger auf eine Leistung derart, dass jeder von ihnen die ganze Leistung zu fordern berechtigt ist, der Schuldner aber nur einmal zu erfüllen braucht. In beiden Fällen wird also nur eine einzige Leistung geschuldet, die Bewirkung derselben an einem der Gesamtgläubiger bezw. durch irgend einen der Gesamtschuldner tilgt das Gesamtschuldverhältnis. Zur Ermittelung des Erfüllungsobjektes für die Gesamtgläubiger bezw. Schuldner dient

---

33, jedoch nur bei einer Mehrheit auf der wahlberechtigten Seite. Ferner Leuchtenberger, S. 24/25. Litten S. 136.

118) So Leo A. 47, der dadurch zu einem unannehmbaren Ergebnis kommt.

119) Übereinstimmend Leo, S. 47, Planck, A. 3 zu § 263. Kuhlenbeck, Com. A. 2 zu § 264. Litten, S. 136.

die Wahl. Erst nach ihrer Ausübung ist das Erfordernis für die Verwirklichung des Gesamtschuldverhältnisses vorhanden, das Tilgungsobjekt ist festgestellt, und nunmehr nach Verwandlung der Wahlschuld entscheidet einzig und allein für die weitere Behandlung die Natur des Gesamtschuldverhältnisses.

Das Gesetz hat im Prinzip den Einzelberechtigungen bezw. Einzelverpflichtungen der zu einer Gesamtschuld verbundenen Gläubiger bezw. Schuldner einen selbständigen und unabhängigen Charakter beigelegt, wie die genaue Aufzählung der neben der Erfüllung objektiv wirkenden Tatsachen in §§ 422—24 bezw. 429 beweist. Alle anderen Tatsachen sollen gemäss § 425, Abs. 1 und 429, Abs. 3 nur von Person zu Person, d. h. nur für den betreffenden Gesamtgläubiger, bezw. Schuldner, in dessen Person sie eintreten, wirken. Eine Ausnahme erleidet jedoch diese Regel und zwar aus Gründen der Wahrung der Vertragsfreiheit. Das Gesetz hat in § 425, Abs. 1 und entsprechend in § 429, Abs. 3 bestimmt, dass, soweit sich aus dem Schuldverhältnis ein Anderes ergibt, auch noch andere als die gesetzlich festgelegten Tatsachen objektiv wirken sollen. Das bedeutet, dass sowohl durch besondere Parteiabrede als auch ohne ausdrückliche Vereinbarung lediglich aus dem Inhalt und Zweck des konkreten Schuldverhältnisses heraus der Kreis der gesamtzerstörlich wirkenden Tatsachen ein weiterer sein kann. Die in § 425, Abs. 2 aufgezählten subjektiven Tatsachen sind nur als Beispiele und wichtigste Fälle aufgestellt, sie können also ergänzt werden.

Gehört nun die Wahlhandlung zu letzteren oder ist auch eine andere Auffassung möglich?[120])

Wer die Wahlerklärung zu den subjektiv wirkenden Tatsachen rechnet, muss zu dem Ergebnis kommen, dass nur eine gemeinsame Entscheidung des Wahlberechtigten bezw. des Schuldners gegenüber allen Gesamtgläubigern zum Ziele führt, da nur auf diese Weise der Leistungsgegenstand einheitlich für alle Berechtigten bezw. Verpflichteten festgestellt werden kann.

Erfüllung im Sinne des § 422 ist die Wahl nicht. Aber als eine Handlung, durch die verändernd auf den Bestand eines Schuldverhältnisses eingewirkt wird, durch die die reine Wahlschuld ihrer Bestimmung zugeführt wird, nämlich in eine einfache verwandelt und dadurch mit einem Erfüllungsobjekt ausgestattet zu werden, hat sie doch die Bedeutung einer erfüllungsähnlichen Tatsache oder kann wenigstens als solche aufgefasst werden. So hat denn auch Schollmeyer[121]) vor allem der Wahlerklärung den Charakter einer objektiv wirkenden Tatsache beimessen zu müssen geglaubt. Von diesem Standpunkt aus würde derjenige Gesamtschuldner bezw. Gesamtgläubiger, der als erster die Wahl gegenüber dem Einzelgegner ausübte, die übrigen Mitglieder seiner Partei von der Erklärung ausschliessen, die Wahl des ersten wäre konzentrierend. Insoweit

120) Die verfehlte Ansicht Leos S. 30ff. und S. 47 ist von Litten mit Recht zurückgewiesen worden. Vergl. vor allem Schollmeyer, a. a. O. A. 3 zu § 263.

121) Schollmeyer, a. a. O. A. 3 zu § 263. Ebenso Leuchtenberger, a. a. O. S. 26 und Kaufmann, Vorbem. zu § 420ff. siehe auch die Anmerkungen zu §§ 426 und 430.

erscheint diese Ansicht brauchbar, wenn sie auch das Bedenkliche hat, dass hier der Übereilung in der Wahl durch das Streben des einzelnen, seinem Sonderinteresse zum Siege zu verhelfen, Tür und Tor geöffnet wird. Die Entscheidung des Zuersthandelnden hätte also präjudizierende Wirkung für alle übrigen Wahlberechtigten. Für den Wählenden aber entstände nunmehr die Verpflichtung, sämtlichen Gesamtschuldnern bezw. Gläubigern die Tatsache seiner Erklärung und die Art der Entscheidung sofort zu übermitteln, eine Forderung, die sich aus der zwischen ihnen gemäss § 426 bezw. § 430 bestehenden Rechtsgemeinschaft ergibt.[122])

Unhaltbar wird aber diese Auffassung, wenn der empfangsberechtigten Partei mehrere verschiedene Wahlerklärungen zu gleicher Zeit zugehen. Da jeder zur Wahl berechtigt ist, so kann es vorkommen, dass z. B. mehrere Briefe mit Erklärungen gleichzeitig abgegeben und vom Empfänger zusammen geöffnet werden, während jeder der Wählenden sich in dem Glauben befand, seine Wahlausübung werde die erste und entscheidende sein. Wie soll hier die Divergenz beseitigt werden und welche Wahlerklärung gilt als zuerst zugegangen? Wollte man in solchem Falle dem Empfänger das Recht einräumen, einen der Briefe zurückzuweisen, so hiesse das, ihm in gewissem Grade das Wahlrecht geben. Wenn ihm z. B. bekannt geworden wäre, wofür sich die Absender entschieden hätten und der Briefumschlag wäre mit dem Namen der letzteren versehen, so hätte es nunmehr grade der nichtwahl-

[122]) Siehe die in voriger Anm. zit.

berechtigte Empfänger in der Hand, die endgültige Entscheidung ganz nach seinen Wünschen zu geben.

Aus diesem Dilemma hilft kein anderer Ausweg, als die Verwerfung der Schollmeyerschen Anschauung und damit der Auffassung überhaupt, dass die Wahlerklärung als objektiv wirkende Tatsache anzusehen ist. Das hat in gleicher Weise für den wahlberechtigten Einzelgegner zu gelten. Die danach allein übrig bleibende subjektive Wirkung der Wahlhandlung ist, wie bereits angedeutet, ganz unannehmbar, da sie bei verschiedenem Ausfall der Entscheidung gleichfalls zu keinem Ergebnis führt.

Mit Recht haben daher Leonhard und Litten[123]) die von Leo[124]) vertretene Ansicht zurückgewiesen, dass die Wahl nur den erklärenden correus im Verhältnis zu seinem Gegner binde, dass die anderen correi aber immer noch dem Gegner gegenüber wählen könnten, wie sie wollten.

Daher bleibt nur noch die eine Lösung: gemeinsame Wahlerklärung durch die Wahlberechtigten und Erklärung des Einzelschuldners bezw. Gläubigers an sämtliche Gegner. Diese Ansicht lässt die Gesamtheit der Wählenden zu Wort kommen und „verhindert", wie Litten[125]) zutreffend ausführt, „geradezu, dass eine Prämie auf die dem Gesamtinteresse unter Umständen durchaus widersprechende möglichst schleunige Ausübung des Wahlrechts für diesen vielleicht übereilt Handelnden zum Nachteil der übrigen gesetzt wird."

123) Leonhard, a. a. O. S. 5. Litten, a. a. O. S. 138.
124) Leo, a. a. O. S. 31. 125) Litten, S. 138, A. 3.

Die Einheitlichkeit des Erfüllungsobjektes wird durch die Einigung der Wahlberechtigten, jedenfalls aber auf Grund des Innenverhältnisses, in dem die Gesamtgläubiger bezw. Schuldner zu einander stehen, erreicht. Diese bilden unter sich in Anbetracht des allen zustehenden Wahlrechts eine Rechtsgemeinschaft im Sinne des § 741.[126]) Die Wahl ist ein Akt der Verwaltung und muss in erster Linie, d. h. wenn keine anderen Verabredungen getroffen sind, von allen zusammen geschehen, daher Einstimmigkeit über das Erfüllungsobjekt herrschen (§ 744). Es sind aber nach § 745 auch andere Formen der Verwaltung durch Vereinbarung zugelassen. Auch für den Fall, dass die Seite der Gesamtgläubiger bezw. Gesammtschuldner empfangsberechtigt ist, hat der Wahlberechtigte die Wahl allen Gegnern gegenüber auszuüben, um den Leistungsgegenstand für alle einheitlich festzustellen.

c) Eine andere Form der Beteiligung mehrerer an einem Schuldverhältnis liegt vor, wenn mehrere ohne Gesamtgläubiger zu sein, eine unteilbare Leistung zu fordern haben. Dann tritt § 432 in Kraft. Hier kann der Schuldner nur an alle Gläubiger gemeinschaftlich leisten. Andererseits kann zwar auch jeder Gläubiger Leistung, jedoch nicht an sich allein, sondern nur an alle zusammen verlangen. Ausserdem wird der Schuldner nur durch eine gemeinschaftlich für alle

---

126) So Kuhlenbeck, Kommentar A. 2 zu § 264. Planck, a. a O. A. 3 zu § 263. Litten, a. a. O. S. 136. Rehbein, a. a. O. S. 74, a. E. Fischer-Henle, A. 3 zu § 263.

Gläubiger erfolgte Hinterlegung bezw. Ablieferung an einen Verwahrer allen Gläubigern gegenüber befreit.

Alle anderen ausser den in § 432, Abs. 1 aufgeführten Tatsachen wirken, wenn sie in der Person eines Gläubigers eintreten, nur für und gegen diesen. Dies gilt insbesondere für die Mahnung und Kündigung.[127])

Nicht minder kann auch die Wahlerklärung nur Einzelwirkung für den betreffenden Gläubiger, der sie dem Schuldner gegenüber ausübte, haben. Soll sie also einheitlich für die Gläubigerseite erfolgen, so muss sie einheitlich von allen Gläubigern dem Schuldner zugehen. Für das Verhältnis der wahlberechtigten Gläubiger unter sich gelten die Vorschriften der Gemeinschaft gemäss § 744 und § 745.[128])

Ein ähnliches Verhältnis, teils mit der Modifikation, dass jeder Gläubiger für sich allein berechtigt ist, die Leistung an alle Gläubiger zu verlangen, teils ohne dieselbe, findet sich in folgenden hier in Betracht kommenden Fällen gemeinschaftlicher Berechtigung: Bei der Gesellschaft § 709, bei der Gütergemeinschaft nach deren Auflösung bis zur Auseinandersetzung § 1472 und bei der Erbengemeinschaft § 2033, Abs. 2 und § 2039.

Fälle der gemeinschaftlichen Verpflichtung kennt das Gesetz im allgemeinen nur da, wo die Gläubiger ihre Befriedigung aus einem bestimmten, im Miteigentum

---

127) Vergl. dazu besonders Schollmeyer, a. a. O. A. 4 zu § 432. Kuhlenbeck, § 432, A. 3. Crome, S. 394/395. Litten, S. 134.

128) So auch Crome II S. 395. Müller-Meikel 5. Lief. Bd. I S 294.

zur gesamten Hand stehenden Sondervermögen verlangen. Wird eine Leistung aus einem solchen Sondervermögen verlangt, so ist zu ihrer Erbringung die Mitwirkung sämtlicher Miteigentümer zur gesamten Hand erforderlich. Dies trifft zu bei der Gesellschaft § 709, bei der Gütergemeinschaft § 1472 und bei dem ungeteilten Nachlass §§ 2040.

Für § 2039 kommen die gleichen Gesichtspunkte wie bei § 432 in Anwendung. In den Fällen der §§ 1472, 2033, Abs. 2 und 2040 ist das Prinzip der Gesamthand ohne Einschränkung zum Ausdruck gekommen. Daher muss die Wahl von allen Gesamthändern gemeinsam ausgeübt und allen gegenüber erklärt werden.

Besondrer Betrachtung bedarf die Gemeinschaft der Gesellschafter § 705 ff.

Als allgemeine Pflicht jedes Gesellschafters ergibt sich aus dem Wesen des Gesellschaftsvertrages die Verpflichtung, den Gesellschaftszweck zu fördern. Hierher rechnet das Gesetz insbesondere die Leistung von Beiträgen gemäss § 705. Die Beiträge sind nach § 706 Abs. 1 im Zweifel für die Gesellschafter gleich. Im übrigen können sie verschiedener Art sein: Sachleistungen[129]),

129) Das Einbringen der Sachen braucht nicht zu dem Zwecke zu geschehen, dass diese Eigentum der Gesellschafter werden, es genügt vielmehr an sich blosse Gebrauchsüberlassung, sofern die betreffenden Gegenstände damit den Gesellschaftszwecken dienstbar gemacht werden können. Vergl. Planck, a. a. O. A. 1 zu § 706. Staudinger II zu § 706. Crome, S. 774/775.

Rechte, Handlungen, Dienste und Arbeitsleistungen. So ist z. B. die Möglichkeit gegeben, dass einer der Gesellschafter als Beitragsleistung eines seiner beiden unbebauten Grundstücke nach seiner Wahl einzubringen hat.

Nach der herrschenden Ansicht kann jeder Gesellschafter die Beiträge einfordern, jedoch nur Leistung an alle verlangen. Es handelt sich hier, wie Crome[130]) richtig ausführt, nicht um einen Anspruch aus der Geschäftsführung, sondern um einen solchen aus dem Gesellschaftsvertrage, der also jedem Beteiligten zusteht. Der Anspruch auf die Beitragsleistung steht allerdings allen anderen zu, aber jeder hat doch einen selbständigen, von dem der anderen unabhängigen Anspruch auf Leistung an alle.

Danach ist die Einziehung der Beiträge als ein Recht des einzelnen kein Akt der Geschäftsführung.[131])

Dagegen gehört die Empfangnahme des an alle Gesellschafter zu leistenden Beitrags in den Bereich der Geschäftsführung. Hierzu muss auch die Wahlerklärung des wahlberechtigten einzelnen Gesellschafters gerechnet

---

130) Crome, S. 775b. Die Leistung hat als durch ihren Zweck unteilbare von jedem an alle zu geschehen nach § 432. So auch Staudinger No. V b zu § 432. Oertmann, A. 4 zu § 705 ohne arg. 432. Endemann § 181 A. 10 a. E. Knoke, a. a. O. S. 34 sieht in dem Verhältnis des einzelnen Beitragspflichtigen zu den übrigen Gesellschaftern eine Gesamtgläubigerschaft. Diese Auffassung ist nicht recht erklärlich.

131) So auch Crome, S. 775b. Knoke, S. 56. Anderer Ansicht Dernburg II, § 358 A. 6. Kipp-Windscheid II, S. 733. Planck, Vorbem. zu §§ 709ff. will nach den Umständen des einzelnen Falles entschieden haben.

werden, der zur wahlweisen Einbringung einer Sache verpflichtet ist. Der gleichen Beurteilung unterliegt der Fall, wenn die Gesellschaft, d. h. die übrigen Gesellschafter als wahlberechtigte Gegenpartei, dem einzelnen beitragspflichtigen Gesellschafter gegenüberstehen.

Die Wahl ist als eine Handlung anzusehen, die im Rahmen des bestehenden Gesellschaftsverhältnisses erforderlich ist, um für alle Gesellschafter die Beitragsverpflichtung des betreffenden Gesellschafters einheitlich festzustellen.

So hat also die Klage des Mitgesellschafters gegen den in der Wahl säumigen Einzelgesellschafter auf Ausübung der Wahl gegenüber den Geschäftsführern zu lauten, denn die Geschäftsführer sind die zur Vornahme der innerhalb der Gesellschaft notwendigen Geschäfte berechtigten und verpflichteten Personen.

Zur Förderung und Erreichung des Gesellschaftszweckes ist eine fortlaufende Tätigkeit notwendig, die sog. Geschäftsführung. Diese Führung der Geschäfte erstreckt sich auf alle Arten von Handlungen, mögen sie rechtsgeschäftlicher oder tatsächlicher Natur sein. Sie umfasst nicht nur die Entscheidung über die Vornahme der in der Gesellschaft erforderlichen Geschäfte, sondern auch die Ausführung derselben.

Als Grundregel gilt nach dem Gesetz die Kollektivgeschäftsführung, d. h. alle Gesellschafter zusammen sind zur Führung der Geschäfte berechtigt und verpflichtet, und zwar wird für jedes Geschäft Einstimmigkeit erfordert. § 709, Abs. 1. Diese Vorschrift ist aber nur dispositiv. Durch Vertrag der Gesellschafter

kann die Geschäftsführung allen Gesellschaftern derartig übertragen sein, dass die Mehrheit entscheiden soll, § 709, Abs. 2. Auch kann einem oder mehreren Gesellschaftern unter Ausschluss der übrigen die Befugnis eingeräumt sein (§ 710). Schliesslich kann die letztere Art der Geschäftsführung in der Weise modifiziert geregelt sein, dass jeder einzelne der berufenen Gesellschafter in solidum zu handeln berechtigt ist (§ 711).

Damit ist aber nur das Verhältnis der Gesellschafter unter einander gekennzeichnet.

Ist also einstimmig der Abschluss einer Wahlschuld beschlossen, so ist damit erst die Voraussetzung für das Zustandekommen desselben geschaffen. Die Begründung des Schuldverhältnisses muss durch das Zusammenwirken aller gegenüber dem dritten geschehen, d. h. also, die Geschäftsführung hat als solche mit einem Hervortreten der Gesellschafter nach aussen zum Zwecke rechtsgeschäftlicher Handlungen mit dritten nichts zu tun. Daher müssen auch, wenn im Innenverhältnis nur einer oder mehrere für die Gesamtheit zu handeln berechtigt sind, nach aussen alle auftreten. In der Geschäftsführung liegt also keine Vertretungsmacht.[132]) Natürlich steht nichts im Wege, dass durch Vereinbarung der Gesellschafter einem aus ihrer Mitte oder einem dritten Vollmacht für alle rechtsgeschäftliche Tätigkeit nach aussen erteilt wird. In solchem Falle hat dieser Bevollmächtigte zu wählen und ihm

132) Vergl. Matthias, a. a. O. I S. 624. Planck, a. a. O. A. 1 zu § 714.

gegenüber ist die Wahl auszuüben, die dann Wirkung für alle hat.

Andernfalls muss die Gesamtheit der Gesellschafter dem dritten gegenüber die Erklärung abgeben und umgekehrt hat die Wahl des letzteren allen Gesellschaftern zuzugehen.

Sehr häufig aber wird aus praktischen Gründen den zur Geschäftsführung berufenen Gesellschaftern auch gleichzeitig die Vertretungsmacht übertragen sein, dann kommen sie allein für die Ausübung der Wahl im Rahmen der Geschäftsführungsbefugnis in Betracht.[133])

Aus dem Gedanken heraus, dass wohl in der Regel mit der Regelung der Geschäftsführung den damit Betrauten auch eine diesem Umfange entsprechende Vollmacht dritten gegenüber erteilt wird, hat das Gesetz zu der wichtigen Vorschrift des § 714 gegriffen. Sie ist eine Auslegungsregel und sagt, dass die Vertretungsmacht des geschäftsführenden Gesellschafters in ihrem Wesen als eine stillschweigende Vollmacht zur Vertretung der übrigen Gesellschafter aufzufassen sei.[134])

Diese präsumtive Vollmacht ist nicht objektiv bestimmt. Das Gesellschaftsrecht kennt also keine gesetzlichen Vertreter mit der objektiven Machtbefugnis, im Namen der Gesellschaft allein Rechtsgeschäfte abzuschliessen.

Vielmehr geht die Vollmacht im Sinne dieser Auslegungsregel nur so weit, als die nach dem Gesell-

133) So auch Goldmann-Lilienthal, S. 762.

134) Vergl. Goldmann-Lilienthal, S. 762. Staudinger, A. 1 zu § 714. Dernburg, S. 543. Knoke, § 26. Matthias, S. 626. Planck, A. 1 zu § 714.

schaftsvertrage dem einzelnen Geschäftsführer zustehende Befugnis zur Geschäftsführung reicht. Gehört also die Eingehung und Durchführung einer Wahlschuld in den Rahmen der Geschäftsführung, so sind die hierzu berufenen Gesellschafter auch berechtigt, mit Wirkung für sämtliche Gesellschafter die Wahl dem dritten gegenüber auszuüben und die Erklärung des wahlberechtigten dritten in Empfang zu nehmen.[135])

Reicht die Geschäftsführungsbefugnis jedoch nicht so weit, ist gar über dieselbe wie über eine Vertretungsmacht im Gesellschaftsvertrag oder durch eine spätere Ergänzung nichts bestimmt, so ist das Handeln aller Gesellschafter für die Ausübung der Wahl erforderlich.

II.

§ 9.

Während im allgemeinen die Befugnis der wahlberechtigten Partei zu wählen als ein Recht anerkannt ist, wird die Pflicht zur Wahl fast durchweg bestritten.[136]) Das geschieht wohl in erster Linie in Anlehnung an die Motive, die diesen Standpunkt vertreten (II S. 8). Ihre Auffassung ist die herrschende geworden und als richtig anzuerkennen. Bedeutung erhält die Frage einer Wahlpflicht der wahlberechtigten Partei erst, wenn letztere mit ihrer Wahl in Verzug

135) So wenn auch ohne nähere Ausführung wohl auch Oertmann, A. 3 zu § 263. Vergl. ferner Litten S. 135.

136) So Planck, a. a. O. A. 1 zu § 264. Ebenso Schollmeyer, a. a. O. A. 1 zu § 264. Matthias, S. 334 No. C. Goldmann-Lilienthal S. 307.

gerät. Bezüglich des Verzuges ist zu unterscheiden, ob die Parteien eine Wahlfrist bestimmt haben, oder eine Abrede über den Zeitpunkt der Wahl gar nicht getroffen ist. In letzterem Falle wird die wahlberechtigte Partei nicht eher zu wählen brauchen, als sie leisten muss. Der Fälligkeitstermin für die Leistung ist zugleich auch die äusserste Zeitgrenze für die Ausübung der Wahl. Ist dagegen eine Frist gesetzt, innerhalb welcher der wahlberechtigte Schuldner bezw. Gläubiger die Wahl auszuüben hat und lässt die wahlberechtigte Partei diesen Zeitraum untätig verstreichen, so gerät sie nunmehr in Wahlverzug, während für den wahlberechtigten Schuldner ein Leistungsverzug damit nicht verbunden ist.

Litten, der ausser Leo wohl als einziger in allen Fällen eine Wahlpflicht annimmt, stützt seine Ausführungen auf den eigenartigen Zustand, in dem die Wahlschuld sich von ihrer Entstehung bis zur Konzentrierung befindet, sowie ferner auf die Vertragstreue, zu der beide Parteien einander verbunden sind.[137])

Der letzte Grund ist der ausschlaggebende. Aber aus der Tatsache, dass sich das Schuldverhältnis in einem Entwickelungsstadium befindet, dass der nichtwahlberechtigte Gläubiger ein Interesse daran hat, die Unbestimmtheit gehoben zu sehen und der nichtwahlberechtigte Schuldner wegen der stärkeren Haftung vor der Konzentrierung durch die Entscheidung die Gebundenheit und Unsicherheit beseitigt zu haben

137) Litten, S. 126 ff. Leo, S. 55 und 59 erklärt eine Verpflichtung nur auf der Schuldnerseite als vorliegend.

wünscht, lässt sich ein Schluss auf die Pflicht zur Wahl nicht ziehen.

Litten[138]) betont die Wahlverpflichtung des Schuldners besonders für den Fall, dass derselbe die Wahl noch vor der Fälligkeit der Leistung ausüben soll und will dem Gläubiger hier das Recht zubilligen, gegen den säumigen Schuldner im Wege des § 888 C.P.O. vorzugehen.

Ihm ist allerdings darin beizustimmen, dass der Gläubiger nach fruchtlosem Ablauf der dem Schuldner belassenen Wahlfrist einstweilen keinen anderen Ausweg hat, als die alternative Klage zum Leistungstermin, dass auch seine Lage sehr unbequem ist, wenn er gerade auf die rechtzeitige Wahl um seiner Dispositionsfreiheit willen wegen der nicht gewählten Schuldobjekte Gewicht legte. Aber damit musste der Gläubiger rechnen und er hätte für solche Eventualität vertragsmässig Vorkehrungen treffen können.

Einen unmittelbaren Zwang zum Vollzuge der Wahl auch in diesem Falle gibt das Gesetz nicht. So prekär ist die Lage des Gläubigers auch gar nicht. Einerseits treten die Folgen des Verzuges nach § 286, Abs. 1 ein, die ihn vor Schaden bewahren und andererseits kann doch der Gläubiger schliesslich auch nach § 286, Abs. 2 bezw. § 326 verfahren, wenn die Erfüllung für ihn keine Erfüllung mehr ist. Es mag sein, dass im einzelnen Falle dem Gläubiger an einer solchen Lösung nichts liegt. Immerhin aber ist auch noch zu berücksichtigen, dass die Gefahr für den Gläubiger

[138]) Litten, S. 184—86.

eine geringere ist, als wenn der Schuldner gewählt hätte und die Gefahr des zufälligen Unterganges damit auf dieses Objekt allein abgewälzt wäre. Noch viel weniger berechtigt ist sogar Littens Behauptung, dass dem Gläubiger auch dann ein Klagerecht zugebilligt werden müsse, wenn er gemäss § 264, Abs. 1 ohne weiteres gegen den Schuldner vorgehen könne. Diese Auffassung ist mit dem Reichsgericht zu verwerfen und dürfte auch wohl kaum Anhänger finden.

Aber das Gesetz hat ja auch dem Gläubiger für die meisten Fälle in § 264, Abs. 1 eine genügende Handhabe geboten, auf den in der Wahl saumseligen Schuldner einzuwirken und ihn zur Vornahme der letzteren zu veranlassen.

Weder der Verzug des Schuldners noch die alternative Einklagung noch auch die Verurteilung des Schuldners, die alternativ zu lauten hat, sind von irgend welchem Einfluss auf das Wahlrecht des Schuldners. Es steht ihm nach wie vor gemäss § 263, Abs. 1 ungeschmälert zu. Nimmt nunmehr der Schuldner trotz des vom Gläubiger erlangten vollstreckbaren Titels die Wahl nicht ungesäumt vor, so kann der Gläubiger die Zwangsvollstreckung nach seiner Wahl auf die eine oder die andere Leistung richten.

Es ist der Verdienst Littens[139]), den Widerspruch aufgedeckt und in der richtigen Weise gelöst zu haben, den der Wortlaut und die Fassung des § 264, Abs. 1 enthält.

Derselbe lautet: „Nimmt der wahlberechtigte

[139]) Litten, S. 169 ff.

Schuldner die Wahl nicht vor dem Beginne der Zwangsvollstreckung vor . . .“

Der Beginn der Zwangsvollstreckung ist ein im Prozessrecht feststehender, scharf umgrenzter Begriff, an dessen Bedeutung nicht durch extensive Interpretation im vorliegenden Falle gerüttelt werden darf.

Die Zwangsvollstreckung beginnt: 1) soweit sie durch den Gerichtsvollzieher erfolgt, also besonders bei der Pfändung beweglicher Sachen (§§ 808 ff. 814, 831 C.P.O.), bei der Wegnahme von solchen (§§ 883 ff. C.P.O.) und bei der Exmission (§§ 885 C.P.O.) mit der ersten gegen den Schuldner bezw. gegen dessen Sachen gerichteten Vollstreckungshandlung, also z. B. mit der Durchsuchung der Wohnung und Behältnisse des Schuldners nach § 758 C.P.O., 2) soweit sie den Gerichten überwiesen ist (§§ 829 ff., 887 ff. u. 930) mit dem Zeitpunkt, wo dieses die Vollstreckung verfügt, nicht erst mit der Zustellung dieser Verfügung. Versteht man ferner unter „Richten der Zwangsvollstreckung“ den ersten Akt des Gläubigers, mit dem er zur Vollstreckung schreitet, also z. B. die Auftragserteilung an den Gerichtsvollzieher zur Beitreibung der vom Gläubiger erwählten Leistung, so gelangt man damit zu dem unhaltbaren Ergebnis, das nur als vorbereitende Handlung zu beurteilende Richten der Zwangsvollstreckung von der zeitlich später liegenden Nichtwahl des Schuldners vor dem Beginn derselben abhängig zu machen. Litten kommt zu dem durchaus annehmbaren Schlusse, den vagen Ausdruck „Richten der Zwangsvollstreckung“ gegenüber dem feststehenden

Begriffe „Beginn der Zwangsvollstreckung“ insofern zu erweitern, dass man ihn als gesamte Tätigkeit zur Erlangung des beizutreibenden Gegenstandes, als Durchführen der Zwangsvollstreckung in den gewählten Gegenstand deute.

Daraus geht hervor, dass der Schuldner sein volles Wahlrecht auch dann noch hat, wenn der Gläubiger die Vollstreckung tatsächlich begonnen hat, der Gerichtsvollzieher also den Auftrag des Gläubigers, beim Schuldner zu vollstrecken, bereits in Händen hat.

Erst in dem Augenblicke, wenn die durchführende Tätigkeit des Gerichtsvollziehers einsetzt, erlischt das Recht des Schuldners, die Wahl gemäss § 263, Abs. 1 auszuüben.

Der Gerichtsvollzieher ist auf die ihm in § 754 C.P.O. zugewiesenen Befugnisse beschränkt. Er ist also nicht berechtigt, civilrechtliche Erklärungen des Schuldners mit Wirkung für den Gläubiger entgegenzunehmen oder solche für den Gläubiger abzugeben.[140]) Daraus ergibt sich, dass die Ausübung der Wahl seitens des wahlberechtigten Schuldners gegenüber dem bei ihm zur Vollstreckung eintretenden Gerichtsvollzieher unwirksam sein muss.

Der Wortlaut des § 264, Abs. 1 hat noch zu einer zweiten Streitfrage Veranlassung gegeben.

Wollte das Gesetz durch Worte wie „der Gläubiger . . . . . nach seiner Wahl“ und „solange nicht

140) So Endemann, A. 16 zu § 118. Litten, S. 173. Vergl. besonders die Kommentare zur C.P.O. von Struckmann-Koch, A. 1 zu § 754. Gaupp-Stein II zu § 754.

der Gläubiger die gewählte Leistung" den Übergang des Wahlrechts vom wahlberechtigten Schuldner auf den Gläubiger zum Ausdruck bringen oder sollte es trotz dieser Ausdrucksweise letzterem erhalten bleiben?

Die Annahme ist äussert naheliegend, besonders auch noch im Hinblick auf § 264, Abs. 2, in dem dieser Grundsatz der Übertragung des Wahlrechts im umgekehrten Fall ausgesprochen ist.

Stammler[141]) ist wohl als erster in nachdrücklicher und konsequenter Weise für den Übergang des Wahlrechts eingetreten. Da mit dem Beginn der Zwangsvollstreckung der Gläubiger wahlberechtigt wird, so ist es nach Stammlers Ausführungen ein zum mindesten verdrehter Gedanke, in der Befugnis des Schuldners sich durch die tätsächliche freiwillige Hingabe einer der andern Schuldobjekte von der Verbindlichkeit befreien zu dürfen, noch das ursprüngliche Wahlrecht des Schuldners zu erblicken. Es würde auf diesem Wege der Auslegung ein Schuldverhältnis mit beiderseitigem Wahlrecht konstruiert werden. Daher erklärt Stammler das dem Schuldner bleibende Recht für eine facultas alternativa.

Diese Auffassung, die sehr viele Anhänger gefunden hat[142]), ist verlockend in ihrer Einfachheit und

---

141) Stammler, a. a. O. S. 137/138.

142) Stammler folgen Dernburg S. 99 A. 12. Matthias, S. 334. Rehbein, S 77. Goldmann-Lilienthal S. 307, A. 5. Oertmann, A. 1 zu § 264. Enneccerus-Lehmann § 167. Kipp-Windscheid Bd. II S. 25. Chamizer, S. 72 und 73 Litten, S. 173 ff.

Folgerichtigkeit, und doch stehen ihr Bedenken entgegen, die sie unannehmbar machen.

Einzelne Vertreter[143]) dieser Ansicht haben daraus die ganz richtige Folgerung hergeleitet, dass der Gläubiger dann auch gemäss § 263, Abs. 1 zu wählen habe. Die Lage desselben wird aber sogleich eine schwierige, wenn man berücksichtigt, dass, wie bereits ausgeführt, der Gerichtsvollzieher zur Abgabe der Wahlerklärung nicht legitimiert ist, also dem Auftrage an ihn die ordnungsmässige Ausübung der Wahl durch den Gläubiger vorhergehen müsste. Hieraus könnten, wie Riess[144]) in seiner Auseinandersetzung mit der herrschenden Ansicht meint, „sich schwierige Verwickelungen ergeben, da der Gerichtsvollzieher aus einem ordnungsmässigen Titel im Sinne des ihm erteilten Auftrags vollstrecken müsste, ohne dass für ihn aus dem Gesetze die Befugnis abzuleiten wäre, zu prüfen, ob die nach § 263, Abs. 1 notwendige Erklärung wirklich erfolgt ist."

Demgemäss müsste die Wahl des Gläubigers zu einer Zeit bereits vollendet sein, in der der Schuldner sein volles Wahlrecht noch besitzt, denn der entscheidende Moment für den etwaigen Verlust des letzteren ist der Beginn der Zwangsvollstreckung, also der Auftrag an den Gerichtsvollzieher. Was soll geschehen,

143) Matthias a. a. O. S. 334. Goldmann-Lilienthal a. a. O. S. 307. „Auf die Wahl des Gläubigers kommen die Vorschriften des § 263, Abs. 1 zur Anwendung."

144) Riess in Gruchots Beiträgen, 48. Jahrgang, Heft 4 u. 5 S. 489 ff.

wenn während der Zeit, in der z. B. ein Brief des Gläubigers mit der Wahlerklärung an den Schuldner unterwegs ist, der Schuldner von seinem Wahlrecht auf telegraphischem Wege Gebrauch macht? Denn bis zum Beginn der Zwangsvollstreckung hat doch der Schuldner das Recht, die Wahl gemäss § 263I auszuüben.

Riess geht ferner auf die Vorgeschichten des § 264, Abs. 1 zurück und sucht schon aus ihr herzuleiten, dass ein Übergang des Wahlrechts im vorliegenden Falle nicht hat ausgesprochen werden sollen. Es kann dahin gestellt bleiben, ob Riess der Beweis für diese Behauptung gelungen ist; schon der Zustand, der sich aus der Übertragung des Wahlrechts ergibt, macht die Stammlersche Auffassung zu einer unannehmbaren.

Das Wahlrecht bleibt dem Schuldner erhalten, nur die Form der Ausübung wird eine andere, sie geschieht hinfort nur noch durch die tatsächliche Bewirkung einer der anderen Leistungen.

Will der Gläubiger zur Zwangsvollstreckung schreiten, so muss er natürlich in gewissem Grade eine Wahl treffen, sich entscheiden, welches der Schuldobjekte Gegenstand der Exekution werden soll, da die Vollstreckung auf beide bezw. sämtliche in obligatione befindlichen Leistungen unzulässig ist. So bedeuten die Worte „nach seiner Wahl“ hier nichts anderes als „nach seinem Belieben.“

Die Ansicht der Erhaltung des Wahlrechts für die Schuldnerseite ist denn auch sowohl vom Reichsge-

richt[145]) als ganz besonders von der Wissenschaft[146]) vertreten worden und als die richtige zu betrachten.

Aus ihr ist die weitere Folge zu ziehen, dass der Gläubiger zum Zwecke vollständiger Befriedigung die Vollstreckung auch noch auf andere Schuldobjekte ausdehnen kann, wenn der Versuch bezüglich des ersten erfolglos ist.[147])

Ist die Zwangsvollstreckung auf einen Gegenstand soweit durchgeführt, dass der Gläubiger einen Teil derselben erhalten hat, so ist schon in diesem Stadium das Recht des Schuldners erloschen, sich durch die Bewirkung einer der übrigen Alternativleistungen von seiner Verbindlichkeit zu befreien. Wann die durch die Zwangsvollstreckung erstrebte Leistung als empfangen oder wenigstens teilweise empfangen zu gelten hat, richtet sich nach den einschlägigen Bestimmungen der C.P.O. und Zw. O. v. 24. XI. 1897.

Der wirklichen Leistung wird aber ein solches Angebot gleichzustellen sein, durch welches der Gläubiger in Verzug der Annahme (§§ 293 ff.) gerät.

Auch die Empfangnahme durch den Gerichtsvollzieher als den hierzu legitimierten Empfänger nnd Vertreter des Gläubigers beseitigt schon das Recht des

---

145) Entscheid. d. R. G. Bd. 53 S. 81, 82. Vergl. dazu Jur. Woch. von 1903 Beilage I S. 15 u. S. 176.

146) Ausser Riess vor allem Eck-Leonhard, Vorträge Bd. I S. 253. Müller, Rost. Diss. 1902 S. 62 u. 63. Crome § 153, A. 13. In neuester Zeit: Müller-Meikel S. 231. Bendix, Lehrbuch d. B.G.B. 2. Aufl. 1904 S. 258 No. 2.

147) So auch Bendix, S. 258. Riess, a. a. O. S. 499. Vergl. dazu Gaupp-Stein II. S. 521.

Schuldners, eine der anderen Leistungen zu bewirken. Während der Schuldner nach § 266 zu Teilleistungen im allgemeinen nicht berechtigt und der Gläubiger zur Zurückweisung derselben befugt ist, ohne dadurch in Annahmeverzug zu geraten, wird man den Gläubiger in der Zwangsvollstreckung gegen den Schuldner für verpflichtet erachten müssen, auch Teilleistungen anzunehmen.[148])

Behauptet der Vollstreckungsschuldner, die Zwangsvollstreckung sei zu Unrecht erfolgt, indem er entweder einwendet, er habe bereits vor Beginn der Zwangsvollstreckung die Wahl ausgeübt oder aber, er habe vor der Befriedigung des Gläubigers durch die Zwangsvollstreckung eine der übrigen Leistungen bewirkt oder wenigstens so angeboten, dass der Gläubiger infolge der Nichtannahme in Verzug geriet, so muss der Schuldner im Wege der Vollstreckungsklage gemäss § 767 C.P.O. gegen den Gläubiger vorgehen und seine Behauptungen beweisen.[149])

Verweigert der Gläubiger nach dem Beginn der Zwangsvollstreckung die Annahme einer ihm vom Schuldner realiter angebotenen Leistung, so ist der Gläubiger den Beweis dafür schuldig, dass er die von ihm in der Zwangsvollstreckung erstrebte Leistung be-

148) So auch Rehbein, S. 79. Crome, II S. 99 A. 6. Dernburg, S. 108. Schollmeyer, A. 2 zu § 266. Planck, Anmerkung zu § 266.

149) So Rehbein S. 77. Matthias S. 335. Dernburg S. 99. Crome, A. 32 zu § 153 bezüglich der Beweislast. Für die Anwendung des § 767 C.P.O. besonders Schollmeyer, A. 1 zu § 264. Endemann, A 15 zu § 118. Gaupp-Stein II S 521 No. III.

reits ganz oder zum Teil auf diesem Wege erhalten habe.[150])

§ 10.

Steht das Wahlrecht dem Gläubiger zu, so kann der Schuldner nicht eher leisten, als bis die Erklärung ihm zugegangen und dadurch die Wahlschuld vereinfacht und tilgungsfähig geworden ist. Auch hier ist zu unterscheiden, ob die Parteien für die Wahl eine Frist festgesetzt haben oder nicht. In letzterem Falle braucht der Gläubiger nicht vor dem Tage der Fälligkeit der Leistung zu wählen. Erfolgt die Wahl nicht bis zum Ablauf der Frist, so gerät der Gläubiger damit in Wahlverzug. Das Gesetz spricht in § 264, Abs. 2 nur allgemein vom Verzuge des Gläubigers, ohne dass dabei ausgesprochen wird, ob wir hierunter den Annahmeverzug nach §§ 293 ff. oder auch den Wahlverzug zu verstehen haben.

Es steht nichts im Wege, die Textesworte in letzterem Sinne aufzufassen, da durch eine derartige Folgerung die Lage des Gläubigers nicht im geringsten erschwert wird.

Andrerseits drängt sie sich geradezu auf in Anbetracht der Tatsache, dass für den Gläubiger eine Wahlpflicht an sich nicht besteht und andrerseits dem Schuldner nicht zugemutet werden kann, möglicherweise, falls der Gläubiger nicht wählt, bis zum Fälligkeitstage der Leistung auf die Erklärung des säumigen

150) Vergl. Staudinger, A. 2 zu § 264. Anderer Ansicht Rehbein S. 77. Kaufmann, S. 60, No. 2.

Gläubigers zu warten, bevor er Schritte zum Übergang des Wahlrechts soll tun dürfen. Für einen solchen Fall wäre die Vereinbarung einer Wahlfrist, die vor Fälligkeit der Leistung abliefe, von ganz illusorischem Werte. Es erscheint daher geboten und berechtigt, mit Litten[151]) in der Fassung des § 264, Abs. 2 einen Wahlverzug zu erblicken.

Während zur Begründung des Gläubigerverzuges in der Regel ein tatsächliches Angebot (§ 294) erforderlich ist, genügt nach § 295 in zwei besonderen Fällen schon das wörtliche. Einer derselben ist hier nur von Bedeutung. Ist eine Handlung des Gläubigers notwendig, damit der Schuldner die Leistung bewirken kann, so soll vom Schuldner nicht das tatsächliche Angebot verlangt werden. Ein typisches Beispiel dafür ist geradezu die Wahlschuld mit Gläubigerwahlrecht. Hier soll nach dem Gesetz dem leistungsbereiten Schuldner nicht zugemutet werden, dass er die sämtlichen in obligatione befindlichen Schuldobjekte dem mit der Wahl zögernden Gläubiger wirklich anbietet. Das Erfordernis des wörtlichen Angebots wird hier sogar auf die Aufforderung des Schuldners an den Gläubiger herabgemindert, die betreffende Handung, hier also die Wahl vorzunehmen, da in der Aufforderung zur Wahl ein Anbieten der Leistung liegt. Ja, es bedarf des wörtlichen Angebotes der in obliga-

151) Selbst, wenn der Gläubiger sich verpflichtet hat, innerhalb bestimmter Zeit zu wählen, wird die Anwendung des § 888 C.P.O. nur selten den gewünschten Erfolg haben, schon wegen der Dauer der Durchführung dieser Massregeln. Litten, S. 188 ff.

tione befindlichen Leistungen, bezw. der Aufforderung nicht einmal, wenn für die vom Gläubiger vorzunehmende Handlung, also die Wahl, eine Zeit nach dem Kalender bestimmt ist. Nimmt der Gläubiger also an dem für die Wahl vereinbarten Tage oder innerhalb der fest begrenzten, noch vor Fälligkeit der Leistung endenden Frist die Wahl nicht vor, so kommt er nach § 296 ohne weiteres in Verzug.[152]) Abweichend hiervon ist der Fall zu behandeln, wenn der Handlung des Gläubigers zunächst eine Tätigkeit des Schuldners voranzugehen hat, als deren Fortsetzung die Gläubigerhandlung erscheint.[153])

Ist z B. bestimmt, dass der Schuldner die Schuldobjekte, aus denen der Gläubiger die Auswahl treffen soll, an einem bestimmten Ort, etwa seiner dem Gläubiger am nächsten liegenden Filiale aufstellen soll, so gilt als erste Forderung für einen eventuellen Gläubigerverzug das tatsächliche Angebot des Schuldners durch Hinschaffen sämtlicher zur Wahl stehenden Gegenstände an den vereinbarten Ort. Ist der Schuldner dergestalt tätig geworden, so bedarf es nunmehr nur seiner Aufforderung an den wahlberechtigten Gläubiger zur Vornahme der Wahl.[154]) Erfolgt letztere nicht, so

152) Kipp-Windscheid, II S. 29, 30.

153) Siehe dazu Planck, A. 3 zu § 295, ferner Staudinger, A. 1 zu § 295.

154) Eine weitere Erklärung des Schuldners, wie sie Planck (A. 3 zu § 295) verlangt, dass er nach Vornahme der dem Gläubiger obliegenden Handlung zur Fortsetzung der Tätigkeit bereit sei, wird man vom Schuldner nicht verlangen können, da in der Aufforderung des Schuldners zur Wahl die Bereitwilligkeit der Leistung zu erblicken ist.

ist damit der Wahlverzug des Gläubigers vollendet. Auch bei Festsetzung eines Wahltermins oder einer Wahlfrist wird man vom Schuldner in diesem Sonderfalle die Mitteilung an den wahlberechtigten Gläubiger verlangen müssen, dass er die zur Wahl des Gläubigers erforderliche Tätigkeit beendet habe.

Wörtliches Angebot wie Aufforderung durch Rede oder Schrift stehen unter den Regeln der empfangsbedürftigen Willenserklärungen, sodass die §§ 130—132 Abs. 1 zur Anwendung kommen. Auch hier gilt, dass derjenige wahlberechtigte Gläubiger, der das schriftliche Angebot bezw. die Wahlaufforderung zwar empfangen hat, sie aber nicht liest oder den Empfang ablehnt, sich so behandeln lassen muss, als sei Angebot und Aufforderung ihm zugegangen. Der § 295 spricht nur vom wörtlichen Angebot des Schulders. Will ein dritter für den Schuldner in der Erfüllung eintreten, so kommt nur § 267 in Frage. Abgesehen von den gesetzlichen Fällen der §§ 613, 664 und 691, in denen der Verpflichtete selbst leisten muss, ist die Persönlichkeit des dritten nicht wesentlich für die Bewirkung der Leistung. Der Gläubiger muss sich also auch, wenn nicht vereinbart ist, dass die Erfüllung durch dritte ausgeschlossen sein soll, gefallen lassen, dass ein anderer als der Schuldner die Schuld tilgt. Ist ein solcher dritter auch zu wörtlichem Angebot der Leistungen oder zur Wahlaufforderung an den wahlberechtigten Gläubiger befugt?

Aus § 295 erhellt, dass dem dritten diese Vergünstigung nicht zusteht, da man dem wahlberechtigten

Gläubiger nicht zumuten kann, sich mit dem dritten auf eine so unsichere Erklärung einzulassen. Denn aus der Aufforderung des dritten folgt nicht dessen Bereitwilligkeit und Fähigkeit zur Leistung.[155]) Vielmehr entspricht der Berechtigung des dritten, für den Schuldner tilgend einzutreten im Falle eines Angebotes die Verpflichtung der Realobligation.[156]) Eine Aufforderung des dritten an den wahlberechtigten Gläubiger, die Wahlerklärung ihm gegenüber vorzunehmen oder das wörtliche Angebot der in obligatione befindlichen Schuldobjekte durch den dritten haben daher den Wahlverzug des Gläubigers niemals zur Folge. Noch einer Voraussetzung bedarf es, um den Gläubiger in Verzug zu setzen. Der Schuldner muss gemäss § 297 zur Zeit des wörtlichen Angebots oder der Wahlaufforderung an den Gläubiger auch imstande sein, die Leistung tatsächlich zu bewirken.[157]) Wie sich aus dem Wortlaut des §§ 297 ergibt, hat der Schuldner nicht sein Leistungsvermögen zu beweisen, dasselbe wird vielmehr vermutet. Behaupten und beweisen muss der Schuldner nur das wörtliche Angebot bezw. die Aufforderung an den Gläubiger, und Sache des

155) So die herrschende, wohl unbestrittene Ansicht. Vergl Rehbein II S. 138 No. 5. Planck, A. 7 zu § 296. Schollmeyer, § 296 b. Goldmann-Lilienthal II S. 350, A. 11.

156) Voraussetzung für die Wirksamkeit ist natürlich, dass der dritte alles anbietet, was der Schuldner anzubieten hat, und ganz so wie es der Schuldner anzubieten hatte, in örtlicher und zeitlicher Beziehung, sowie ferner, dass der Schuldner dem Angebot nicht widerspricht. Siehe auch Kohler in seinem Archiv Bd. 13 S. 193, A. 36.

157) So Planck, A. 6 zu § 295. Crome, II § 163, A. 30. Oertmann, A. 3 zu § 295 und A. 1 zu § 297.

letzteren ist es nun, einredeweise geltend zu machen und durch Beweis zu erhärten, dass der Schuldner zur Zeit des Angebots bezw. der Aufforderung ausserstande gewesen sei, wirklich zu leisten.[157]) Dies gilt nicht nur da, wo für die Wahl eine Zeit nicht bestimmt ist, der Gläubiger also spätestens am Tage der Fälligkeit der Leistung wählen muss, sondern in gleicher Weise, wenn die Ausübung der Wahl innerhalb einer Frist geschehen muss, die vor dem Fälligkeitstermin der Leistung endigt.[158])

„Ist der wahlberechtigte Gläubiger im Verzuge, so kann der Schuldner ihn unter Bestimmung einer angemessenen Frist zur Vornahme der Wahl auffordern." § 264, Abs. 2.

Aus diesen Worten geht mit unantastbarer Klarheit hervor, dass zuvörderst der Wahlverzug des Gläubigers vollendet sein muss, ehe der Schuldner die Frist stellen kann. Dennoch verficht eine stattliche Anzahl von Schriftstellern die Anschauung, dass die unter gleichzeitiger Fristbestimmung an den morosen Gläubiger ergehende Aufforderung des Schuldners, innerhalb der gestellten Frist zu wählen, von letzterem mit der den Wahlverzug, bezw. Annahmeverzug begründenden Aufforderung verbunden werden könne.[159])

Die herrschende und richtige Meinung betont mit

158) Vergl. hierzu Planck, A. 1 zu § 296, Staudinger A. 2 zu § 297. Schollmeyer, § 296, b. Goldmann-Lilienthal II S. 351.

159) So Cosack, a. a. O. S. 309. Schollmeyer, a. a. O. A. 2 zu § 264. Matthias, a. a. O. S. 335. Crome, § 153, A. 36. Neumann, A. 2 zu § 264. Litten, S. 187–188.

allem Nachdruck, dass nach unzweideutiger Vorschrift des § 264, Abs. 2 der Schuldner erst nach dem Verzuge des Gläubigers, aber auch erst dann den Gläubiger zur Ausübung der Wahl innerhalb angemessener Frist auffordern kann.[160])

Von dem fruchtlosen Ablauf dieser Präklusivfrist hängt demgemäss der Übergang des Wahlrechts auf den Schuldner ab.

Über die Angemessenheit einer Frist äussert sich Planck[161]) wie folgt: „Angemessen ist diejenige Frist, welche unter Berücksichtigung des in Frage kommenden Rechtsverhältnisses und der Umstände des einzelnen Falles demjenigen, welchem die Frist bestimmt wird, billiger Weise gelassen werden muss, um die Leistung zu bewirken oder die Erklärung abzugeben."

Diese Erklärung und Abgrenzung des im Gesetz nicht normierten Begriffes kann als Massstab dienen. Reicht die Dauer der Frist über das notwendige Mass hinaus, so wird dagegen nichts einzuwenden sein. Der Gläubiger hat jedenfalls das Recht, bis zum Ablauf der Wahlfrist die Erklärung abzugeben.

Ist die Frist nicht angemessen, d. h. zu kurz gestellt, so entsteht die Frage, ob die ganze Fristbestimmung dadurch unwirksam wird oder ob sie nicht

---

160) Vergl. Planck, § 264, A. 3, b. Goldmann-Lilienthal II, § 78, A. 8. Oertmann, A. 3 zu § 264. Endemann, A. 19, § 118. Dernburg II, § 44, No. 10. Staudinger, A. 3 zu § 264. Rehbein II, S. 78. F. Leonhard, a. a. O. S. 4. Müller-Meikel I, S. 232. Kaufmann, § 264, A. 9.

161) Planck, a. a. O. A. 2 zu § 250.

als ungültig zu erachten ist, vielmehr nur den Lauf einer angemessenen Zusatzfrist in Bewegung setzt.

Darauf ist mit Recht von Cosack[162]) und Anderen hingewiesen unter gleichzeitiger Beleuchtung des Begriffes rechtzeitig.[163])

Auch die Praxis hat sich dieser Auffassung jüngst angeschlossen. Das Reichsgericht führt in seiner Entscheidung folgendermassen aus:

„Hat er die Frist zu kurz bemessen, so ist es nur eine im Interesse aller Beteiligten liegende und statthafte Ergänzung der von ihm abgegebenen Willenserklärung, wenn seiner Bestimmung die Wirkung beigelegt wird, dass er bereit sei, die ausstehende Leistung innerhalb derjenigen Frist noch vorzunehmen, die nach Lage der Sache als die angemessene zu gelten hat. Die Folge einer zu kurzen Fristbestimmung ist deshalb die, dass der Säumige binnen angemessener Frist noch erfüllen darf, nach Ablauf einer solchen aber die Erklärung des Nichtsäumigen in Wirksamkeit tritt."

Bis jetzt war von der Annahme ausgegangen, dass

---

162) Cosack, a. a. O. S. 309, 310. Dernburg II, § 33, No. 4. Titze, S. 147. Staudinger, A. 5 zu § 250. Siehe auch ebenda A. 3 zu § 264. Fischer-Henle, A. 1 zu § 250 Neumann, A. 2 zu § 250. Bendix, S. 259.

163) Anderer Ansicht vor allem: Schollmeyer, A. 5 zu § 250. Endemann, A. 42 zu § 125. Matthias, I S. 344. Crome, S. 68. In einzelnen Fällen soll nach Planck (A 2 zu § 250) allerdings auch die zu kurze Frist sich auf ein tempus modicum ohne weiteres verlängern. Dazu aber seien immer schon besondere Anhaltspunkte notwendig. Ihm folgen Goldmann-Lilienthal A. 11 zu § 75. Oertmann, A. 3 zu § 250.

der Schuldner dem Gläubiger für die Ausübung der Wahl eine ganz bestimmte Frist gesetzt hat.[164])

Endemann[165]) stellt die Forderung einer vom Schuldner gesetzten Dauer derselben für alle Fälle auf. Es widerspricht aber weder dem Sinn der Gesetzesworte noch den Grundsätzen der Billigkeit, dem Schuldner das Recht einzuräumen, einem Fehlgriff in der Bemessung der Frist dadurch vorzubeugen, dass er dem Gläubiger ohne irgend eine Angabe der Zeitdauer die Aufforderung zugehen lässt: „Wähle innerhalb angemessener Frist." Dies folgt aus dem Gedanken, dass der Begriff der Angemessenheit ein genügend bestimmter ist, um nach ihm die Dauer der Zeit abzumessen. Hat also der Schuldner dem säumigen Gläubiger die Aufforderung zugehen lassen, innerhalb einer bestimmten oder innerhalb angemessener Frist die Wahl auszuüben, und bleibt der wahlberechtigte Gläubiger dennoch untätig, so geht er nach Ablauf der objektiv angemessenen Frist seines Wahlrechts zugunsten des Schuldners verlustig.[166])

Bezüglich der Beweislast ist noch folgendes zu bemerken:

---

164) Entscheid. d. Reichsgerichts Bd. 56. S. 231 ff. Es handelt sich hier darum: Welche rechtliche Bedeutung hat die nach § 326, Abs. 1 B.G.B. erfolgende Bestimmung einer Nachfrist, wenn dieselbe zu kurz bemessen ist? —

165) Endemann, a. a. O. A. 42 zu § 125. Ebenso Kaufmann, A. 2 zu § 250.

166) So die herrschende Ansicht Vergl. Dernburg II, S. 79, No. 4. Planck, A. 2 zu § 250. Matthias, S. 344. Oertmann, A 3 zu § 250. Titze, S. 147. Enneccerus-Lehmann, S. 412. Neumann, A. 2 zu § 250. Schollmeyer, A. 5 zu § 250.

Ist der Übergang des Wahlrechts auf den Schuldner erfolgt, und klagt der Gläubiger auf eine andere Leistung, als sie der Schuldner bewirken will, so hat der Schuldner den Wahlverzug des Gläubigers, die Aufforderung binnen angemessener Frist zu wählen, die Angemessenheit der letzteren und den erfolglosen Verlauf desselben einzuwenden und zu beweisen. Demgegenüber wird der Gläubiger darzutun haben, dass er innerhalb der Präklusivfrist gewählt hat.[167])

Ist auf diese Weise das Wahlrecht auf den Schuldner übergegangen und kommt es nunmehr mit der Ausübung der Wahl in Verzug, so kann der Gläubiger gegen ihn gemäss § 264, Abs. 1 vorgehen.

---

167) So auch Planck, A. 4 zu § 250. Endemann, A. 20 zu § 118. Oertmann, A. 5 zu § 250.